

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

LE FORMALISME

DANS LA LÉGISLATION ROMAINE

DROIT FRANÇAIS

DE LA COMPÉTENCE ET DU CONFLIT DES LOIS

RELATIVEMENT AUX

SOCIÉTÉS COMMERCIALES ÉTRANGÈRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Jeudi 19 Décembre 1895, à 1 heure

PAR ANDRÉ LESAGE

Avocat à la Cour d'appel
Lauréat de la Faculté de droit de Paris
2^e mention, concours de droit romain 1888-1889

Président : M. LAINÉ, professeur.

Suffragants : { MM. GÉRARDIN, CUQ, { *professeurs.*
SALEILLES, { *agrégé.*

PARIS

H. JOUVE, IMPRIMERIE DES ÉCOLES

15, RUE RACINE, 15

1895

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

LE FORMALISME

DANS LA LÉGISLATION ROMAINE

DROIT FRANÇAIS

DE LA COMPÉTENCE ET DU CONFLIT DES LOIS

RELATIVEMENT AUX

SOCIÉTÉS COMMERCIALES ÉTRANGÈRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Jeudi 19 Décembre 1895, à 1 heure

PAR ANDRÉ LESAGE

Avocat à la Cour d'appel

Lauréat de la Faculté de droit de Paris

2^e mention, concours de droit romain 1888-1889

Président : M. LAINÉ, professeur.

Suffragants : { MM. GÉRARDIN, CUQ, { professeurs.
SALEILLES, { agrégé.

PARIS

H. JOUVE, IMPRIMERIE DES ÉCOLES

15, RUE RACINE, 15

1895



A LA MÉMOIRE TOUJOURS PRÉSENTE

DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES FRÈRES ET SŒURS

DROIT ROMAIN

LE FORMALISME

DANS LA LÉGISLATION ROMAINE

INTRODUCTION

« Les lois et les idées d'une époque barbare », suivant l'heureuse expression de IHERING, « sont comme les hommes eux-mêmes, gens incultes et grossiers, qui n'ont de regard que pour ce que leur main peut saisir... Le trait fondamental de toutes les notions du droit civil ancien de Rome est d'être tangibles, extérieures, sensibles, visibles. Partout la forme extérieure prédomine sur l'idée » (1). Ce caractère que le savant professeur relève dans le droit romain primitif est commun à tous les peuples qui commencent d'exister. Tous ont payé tribut à cette nécessité

1. IHERING. *De l'esprit du droit romain*, t. III, page 116. Traduction de Meulenaère, 1877. C'est toujours à cette édition que nous nous reporterons dans la suite.

impérieuse et se sont inclinés devant cette loi naturelle et immuable. « Il s'agit d'un phénomène qui, basé sur l'exercice le plus intime du droit se reproduit dans le droit de tous les peuples et s'y reproduira toujours » (1).

Le droit commence par être formaliste, et ce principe devenu banal à force d'être vrai ne saurait être méconnu (2).

Ainsi notre ancienne législation qui, par des évolutions lentes et progressives et grâce à de saines influences, a su se dégager de l'étreinte du formalisme, ne l'a pas moins subie pendant de longs siècles. La matière des obligations a particulièrement éprouvé son action (3). On engage sa foi *corporaliter* ; elle peut être promise plus ou moins solennellement ; mais il faut que des signes extérieurs indiquent que le contrat s'est formé. C'est l'engagement pris par la main, soit par la paumée, soit par les mains mises dans celles du créancier ; c'est encore le serment avec les solennités qui l'accompagnent, la remise d'un gage, la tradition effective ou symbolique de la

1. IHERING, *loc. cit.*, p. 171.

2. Parmi les peuples qui ont professé le plus grand culte pour la forme, il faut citer le peuple islandais. Plusieurs années d'études étaient nécessaires pour apprendre par cœur toutes les formules en usage. WEINHOLD : *Altnordisches Leben*. Berlin, 1856, p. 402. A mentionner également le peuple musulman. Tout plaideur doit se conformer aux formules prescrites. Ce principe souffre exception pour les personnes illettrées, qui doivent cependant en matière de divorce faire usage de la formule arabe. VON TORNAUW. *Moslemisches Recht*, p. 171.

3. M. CAUVÉS, à son cours.

chose vendue, l'intervention de témoins, l'apposition du sceau. Tels sont les faits qui dénotent dans notre ancien droit le besoin d'un acte matériel, apparent, qui sert de vêtement à l'opération juridique intervenue. Le consentement ne suffit pas pour obliger. « Le contrat ne tient vraiment que lorsqu'une prestation accomplie ou un signe équivalent ont attesté son existence » (1).

Dans le droit germanique on constate la présence des mêmes éléments, bien que la science allemande, à une certaine époque, ait prétendu ne pas les y rencontrer (2). Dans la *fides facta* ou *adramitio*, on voit généralement un contrat formel. Il y a un symbolisme qui se manifeste, soit par la remise d'un fêtu de paille, d'un gage ou wadium, soit par le baiser ou le serrement de main. « D'après le droit germanique », dit SOHM, « un contrat ne naît point du simple consentement ; mais comme dans le vieux droit romain, il n'existe qu'autant qu'il s'y joint une forme déterminée ou une prestation » (3). Et, ajoute un autre auteur : « C'est seulement dans le droit postérieur, sous

1. M. ESMEIN. *Étude sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 20. 1883.

2. RICHARD LÖNING : *Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen*. Strasbourg, 1876, a soutenu cette opinion en ces termes : « Nous ne voyons dans la *fides facta* que la promesse simple et unilatérale à l'origine de faire ou de ne pas faire, promesse dont la force juridique a pour unique fondement la volonté de celui qui s'oblige, qui n'est point limitée quant aux formes extérieures et qui peut comprendre tout ce qui est à la disposition du promettant ». M. THÉVENIN, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1879, s'est ralié à cette doctrine.

3. SOHM : *das Recht der Eheschliessung*. Weimar, 1875, p. 24.

l'influence du droit romano-canonique que le droit allemand s'est affaibli et est arrivé à l'exclusion absolue du formalisme dans les contrats, le seul consentement suffisant toujours » (1). En Allemagne, comme dans notre ancienne France, on en vient à dire : « Les simples convenances obligent », mais ce n'est qu'à la suite de réformes successives, après de multiples efforts et de nombreux tâtonnements.

A Rome, le formalisme avait trouvé un champ d'exploitation plus vaste encore, où il devait évoluer à son aise.

On peut ramener à trois principales les causes qui ont fait du peuple romain un peuple formaliste. Les mœurs, une instruction peu développée, une défiance exagérée de la volonté pure et abstraite ont contribué dans une large mesure à lui donner ce caractère. Mais avant d'apporter des preuves à l'appui de cette assertion, il convient, pour ne rien laisser dans l'ombre, de rejeter une opinion soutenue au siècle dernier par HEINNECIUS et reprise plus récemment par BERRIAT-SAINT-PRIX (1).

Le célèbre jurisconsulte allemand rapporte l'introduction des formes romaines à l'égoïsme des patriciens. Elle serait due à des considérations d'ordre politique tendant à soumettre la plèbe à l'arbitraire de la classe dirigeante. Certes, on ne peut nier les efforts tentés par les puissantes familles pour étouffer la voix du peuple et asservir

1. SCHULTE : *Lehrbuch des deutschen Reichs und Rechtsgeschichte*.

2. BERRIAT-SAINT-PRIX. *Histoire du droit romain*, 1821, p. 52 et suiv.

celui-ci à leurs caprices et à leur suprématie absolue. L'histoire de la lutte permanente des patriciens et des plèbéiens serait là pour protester contre une semblable prétention. Mais les institutions politiques de la Rome primitive étaient de nature à assurer longtemps la victoire au petit nombre, et le rôle que ce dernier pouvait donner au formalisme eut été trop insignifiant pour motiver son introduction dans les rapports des citoyens entre eux. Il faut viser plus haut et dire avec notre éminent maître, M. Cuq, « que le formalisme tient à un état général de la civilisation » (1). C'est une loi supérieure aux calculs des hommes, antérieure à toute combinaison sociale qui lui a donné naissance, et tout ce qu'il nous est permis de concéder à l'opinion que nous combattons, c'est de reconnaître le parti que dans certaines circonstances les patriciens ont su tirer de ce rigorisme exagéré. Ainsi jusqu'au jour où Cnæus Flavius divulgua les formules des actions, ils furent seuls à les connaître, de sorte que la communication de ces mystères de la procédure devait leur être demandée par tout plèbéien qui voulait plaider. Là s'arrête leur rôle, il n'était pas en leur pouvoir de créer de toutes pièces un rouage aussi complexe et dont l'action s'est fait sentir dans toutes les institutions romaines. Sans doute, ils ont agrandi son domaine, guidé sa marche, retardé sa disparition, une loi de la nature, nécessaire et impérissable, en avait jeté les bases.

Cette loi qui veut que les peuples dans leur enfance s'attachent aux éléments matériels des choses, a trouvé un

1. M. Cuq : *Les institutions juridiques des Romains*, 1891, p. 720.

des facteurs les plus favorables à son expansion dans les mœurs des Romains. Peuple naturellement grossier, ils chérissaient avant tout ce qui parlait à leurs sens. Guerres, spectacles cruels, cérémonies du culte, triomphes réservés aux vainqueurs, voilà ce qu'ils aimaient, ce qui flattait leurs passions. Dans cette vie si agitée et toute sensible où dominait la force brutale, la pompe extérieure devait avoir une importance considérable et exercer son action jusque dans les institutions juridiques. Il fallait frapper l'esprit du citoyen par quelque fait qui retînt sa pensée et la précisât ; il était nécessaire qu'un acte matériel accompagnât l'opération à laquelle il participait. Il eut manqué quelque chose à son accomplissement si une formalité apparente ne lui avait servi de parure. « Ce culte méticuleux et pédantesque du signe extérieur, dénué en lui-même de toute importance et de toute valeur » (1), n'a jamais cessé d'être en honneur chez les Romains et même à l'époque de Justinien, le jurisconsulte en retrouve la trace.

Ce n'est pas tout. On conçoit aisément qu'un peuple peu civilisé et sur lequel l'instruction n'a pas encore répandu ses bienfaits se soit plié aux exigences d'un formalisme rigoureux. « Le principe de notre droit moderne », dit M. ESMEIN dans sa remarquable étude sur les contrats dans le très ancien droit français « est l'idéal vers lequel doit tendre toute législation. Seulement il est inapplicable aux époques de civilisation commençante. Pour produire une obligation, le consentement doit toujours être sérieux

1. IHERING. *De l'esprit du droit romain*. T. III, p. 171.

et définitif, et lorsqu'il se manifeste sans forme déterminée, il est malaisé de distinguer s'il flotte encore ou s'il est déjà fixé... On se heurte à des difficultés de preuve et d'appréciation » (1). Ce sont ces difficultés qui ont retardé l'introduction dans le droit romain de la pensée abstraite. L'instruction était le partage d'une minorité restreinte ; le plus grand nombre n'était pas à même de suivre une opération juridique dont les phases ne se fussent pas révélées par un signe apparent. L'enfant qui apprend à compter a recours à ses doigts, l'homme dont les facultés ne sont pas ouvertes à l'abstraction et qui participe à un contrat repose sa pensée sur un acte tangible qui parle à ses sens et, par des déductions toutes naturelles, éclaire son esprit.

Aux deux causes que nous venons d'étudier et qui ont permis au formalisme de s'acclimater à Rome et de s'y développer s'en ajoute une autre, que notre regretté maître, M. LABBÉ, analyse en ces termes : « Le formalisme, au début, précise, entoure, protège l'expression de la volonté humaine. Il cristallise en quelque sorte ce qui, abandonné trop tôt aux inspirations d'une vague équité (comme en Grèce) ne prendrait pas de consistance et de vives arêtes dans les esprits » (2). On se défie parfois de sa propre volonté, le plus souvent on se défie de celle d'autrui. Avec les meilleures intentions et malgré une

1. M. ESMEIN. *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français*, page 8.

2. M. LABBÉ. *Préface aux institutions juridiques des Romains de M. Cuq*, p. VII.

probité scrupuleuse, on peut se faire illusion sur la portée d'une parole et quand l'intérêt vous guide, on ne sait pas toujours réagir contre les entraînements de sa nature. Le législateur romain s'est rendu compte de cette tendance et il a voulu limiter le nombre des contestations qu'elle était susceptible de faire naître. Entourer la volonté de formes précises, tel a été le remède dont il s'est servi. Il lui a donné des garanties extérieures de netteté devant lesquelles sa défiance devait s'évanouir.

Favorisé par des éléments aussi variés, le formalisme était appelé à de grandes destinées dans le droit romain. Il nous a paru intéressant de parcourir le sillon qu'il a creusé, large d'abord et profond, puis plus étroit, et dont les lignes se sont peu à peu effacées, sans qu'on puisse cependant en perdre complètement la trace.

INDICATIONS GÉNÉRALES

Tel est par chapitres le plan général que nous nous proposons de suivre :

CHAPITRE I. — Des manifestations du formalisme dans les premiers temps de la législation romaine.

CHAPITRE II. — Application des diverses manifestations du formalisme aux principales institutions juridiques.

CHAPITRE III. — Evolution du formalisme dans les périodes successives du droit romain. Résultat de cette évolution dans le dernier état du droit.

CHAPITRE PREMIER

DES MANIFESTATIONS DU FORMALISME DANS LES PREMIERS TEMPS DE LA LÉGISLATION ROMAINE.

Le formalisme n'est pas l'œuvre du législateur ; ce n'est pas une création due à l'initiative d'un seul ni même d'une assemblée. Un travail lent et raisonné a présidé à son organisation. Une loi naturelle l'a fait éclore ; la coutume, le prêteur, les prudents ont tour à tour exercé leur action et assuré sa marche incertaine et indécise vers le progrès. Ses premières manifestations ont été grossières, empruntant au monde extérieur ce qu'il avait de plus frappant et de plus tangible : elles se ressentent de l'époque barbare qui les a vu naître. Puis sous l'empire d'une civilisation plus avancée, le formalisme s'est dépouillé de ce caractère primitif et a revêtu des formes plus précises et mieux déterminées.

Dans cette évolution la parole tient la première place. Grâce à ce don merveilleux l'homme a pu correspondre avec ses semblables tout naturellement et sans effort, il a exprimé sa volonté à l'aide du langage parlé ; mais pour ne pas la laisser errer dans une vague incertitude il a fallu l'entourer de garanties ; on eut recours à des formu-

les ; ce fut la première manifestation du formalisme. Une autre suivit et se révéla lorsque le peuple sentit ses intérêts engagés par les actes d'un citoyen ; aussi voulut-il exercer un contrôle et, soit qu'il intervint directement, soit qu'il se fit représenter, sa consécration, dans certains cas, était devenue nécessaire : les actes solennels avaient fait leur apparition. Il convient de rapprocher de ces derniers les actes apparents qui révèlent manifestement l'esprit formaliste du peuple romain. Ils avaient pour but d'éviter, par un emploi ingénieux des formes solennelles déjà existantes, la nécessité de créer des formes nouvelles. Ils consistaient aussi en certaines formalités qui, dans les premiers temps, correspondant à une opération réellement intervenue, avaient cessé d'avoir ce caractère, les progrès des idées ayant fait disparaître l'opération alors que la forme était conservée. Enfin le besoin qu'éprouvèrent les premiers Romains de s'attacher aux images sensibles trouve encore son expression dans les symboles, représentations figurées qui parlent aux yeux et à l'imagination. L'idée d'analogie est ici toute puissante. Elle intervient pour entourer d'une enveloppe visible les actes juridiques et le but qu'ils cherchent à atteindre, puisant dans le domaine de la vie pratique des formes et des usages familiers à tous les esprits et qui, transportés dans la sphère du droit, le mettent à la portée de toutes les intelligences. C'est surtout en faisant allusion aux symboles usités à Rome que Vico, dans sa *Scienza nuova*, a pu dire avec raison : « que l'ancienne jurisprudence fut toute poétique, que le droit romain dans son premier âge fut un poème sérieux ».

Parole, solennité, symbole, sont donc les éléments du formalisme romain, qu'il nous faut passer en revue. A chacun d'eux nous consacrerons une section particulière.

SECTION I

La parole.

Dans son savant ouvrage, *Les Institutions juridique des romains*, M. CUQ définit ainsi le formalisme : « Il consiste », dit-il, « à subordonner l'expression de la volonté à certains mots consacrés » (1). C'est bien là, en effet, l'essence même du formalisme. Obliger les parties à employer les termes de la loi, ne pas leur permettre d'exprimer leur pensée autrement qu'un texte impératif l'exige, en un mot, enchaîner leur volonté dans un cercle étroit et limité à l'avance, tel est le but vers lequel il tend. Soucieuse de ne pas donner prise à l'esprit de chicane, d'écarter les différends et d'étouffer les contestations dans leur gèrme, la loi devancée souvent par la coutume, imposa aux citoyens des formules qu'ils devaient respecter. Tout d'abord elles furent peu nombreuses et répondirent aux besoins d'un peuple naissant. Puis, lorsque les relations devinrent plus fréquentes, à mesure que le développement naturel des institutions fit naître des rapports juridiques nouveaux, des formules inconnues

1. M. CUQ. *Les Institutions juridiques des Romains*, page 719.

jusqu'alors furent introduites. Les prudents, consultés par des parties peu initiées aux subtilités du droit, prirent une part considérable à ce mouvement et comblèrent les lacunes de la loi. Les mêmes caractères se retrouvent d'ailleurs dans toutes les formules et, qu'elles aient été sanctionnées par le législateur, ou qu'elles fussent l'œuvre des jurisconsultes, elles étaient soumises aux règles suivantes :

I. — *Les termes en étaient strictement déterminés.*

II. — *Elles devaient être exprimées oralement.*

III. — *Les parties intéressées devaient les prononcer elles-mêmes.*

Notre examen va successivement porter sur ces différents points.

I. — *Détermination des termes des actes.*

Dans les actes de la vie civile, les citoyens n'ont aucune initiative. Le législateur, d'une prévoyance exagérée, précise les termes qui doivent être employés et il n'est pas permis de s'en écarter. La sanction de cette règle mérite qu'on y prenne garde, puisqu'elle consiste dans la nullité absolue du contrat. A Rome, le premier soin du juge était de rechercher si les formalités exigées par la loi avaient été observées et si les paroles sacramentelles avaient été réellement prononcées. En principe, aucun changement, aucune addition, aucun retranchement n'étaient admis. La moindre erreur dans la formule, fût-

elle involontaire, constituait un vice contre lequel rien ne pouvait prévaloir. La bonne foi n'était d'aucun secours et le juge se voyait souvent dans l'obligation de méconnaître le bon droit et de favoriser l'injustice. Un exemple devenu classique, et qui est rapporté par Gaius, montre jusqu'à quel point les Romains ont poussé ce rigorisme. L'auteur des *Commentaires* nous raconte qu'au temps de la procédure des *Legis actiones*, un plaideur succomba dans sa prétention pour avoir substitué le terme *vites* qui précisait davantage l'objet de sa demande au mot *arbores* consacré dans l'espèce par la loi des XII Tables (1).

A l'époque où nous vivons, nous ne saurions supporter un joug aussi pesant ; mais le peuple romain, doué du sens de la forme, le subissait volontiers. Il imagina, il est vrai, des procédés pratiques qui le rendirent moins rigoureux. Ainsi les parties contractantes avaient soin de consulter des hommes de loi ou de s'en rapporter à des formulaires qui assurèrent à leurs auteurs l'estime et la considération de tous, quelquefois plus, l'immortalité. Pour s'en convaincre, il suffit de citer MAMILIUS (2) qui n'a d'autre titre de gloire que d'avoir compulsé le formulaire auquel son nom est resté attaché et AQUILIUS GALLUS, auteur de la stipulation aquilienne et de la formule de l'action de dol, dont le souvenir s'est perpétué jusqu'à nous sans qu'il ait cependant jamais conquis une place importante parmi les jurisconsultes.

1. GAIUS : *Commentaires*, IV, § 11.

2. VARRON : *De re rustica*, II, 5-7.

L'existence de ces formulaires nous révèle la variété des formules que l'usage avait consacrées. Elles ne présentent pas toutes les mêmes caractères : les unes ne souffrent aucune modification tandis que les autres demandent à être complétées. Au nombre des premières figurent les demandes et les réponses usitées dans la *sponsio*, la *fidejussio*, l'*acceptilatio*, ainsi que les formules de l'*institution d'héritier* et de l'*exhérédation*. Seuls les termes sacramentels devaient trouver place dans les paroles des parties, sinon l'acte tout entier était vicié. Sur ce point, Quintilien ne permet pas l'hésitation quand il dit : « *Quum si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse* (1). »

Il semble, du reste, que les Romains aient semé comme à plaisir les causes de nullité sous leurs pas. Ne fallait-il pas respecter l'ordre des mots, si nous en croyons Pline l'Ancien (2) et se garder « d'offenser la grammaire » ? Prendre un genre pour un autre, c'était là commettre une erreur tellement grave que le contrat ne pouvait être validé ni produire ses effets ! Bien plus, lorsque par suite de la transformation de la langue, le genre d'un mot avait changé, on devait, dans une formule sacramentelle,

1. QUINTILIEN : *De institutione oratoria*, VIII, 3.

2. Pline l'Ancien dit, en effet, dans son *Histoire Naturelle*, faisant allusion aux formules sacramentelles : « *Vidimusque certis precationibus obsecrasse summos magistratus et ne quid verborum prætereatur aut præposterum dicatur, de scripto præire aliquem rursusque alium custodem dari, qui attendat, alium vero præponi qui faveri linguis jubeat : tibicinem canere ne quid aliud exaudiatur.* » *Histoire Naturelle*, XXVIII, 3.

se rappeler la forme primitive et avoir bien soin de ne pas s'exprimer correctement ! Le fait suivant ne nous serait pas rapporté par des auteurs dignes de tout crédit qu'il ne saurait nous arrêter. Le voici tel que nous le raconte Aulu-Gelle : « *Quando igitur nunc quoque a magistratibus populi romani more majorum multa dicitur vel minima, vel suprema, observari solet, ut oves genere virili appellantur : atque ita M. Varro verba hæc legitima, quibus minima multa diceretur, concepit : « M. Terentio quando citatus neque respondit neque excusatus est, ego ei unum ovem multam dico. » Ac nisi eo genere diceretur, negaverunt justam videri multam (1). »*

Ainsi dans la formule de la *multæ dictio*, le mot *ovis* était resté du genre masculin tandis que le langage usuel en avait fait un mot féminin et le plaideur qui s'avisait de violer l'ancienne forme était appelé à perdre la cause la plus juste.

De son côté Papinien cite certains actes, qu'il qualifie de légitimes, dont la validité était méconnue s'ils renfermaient un terme ou une condition expressément stipulé (2). La règle ne souffrait même pas exception lorsque ce terme ou cette condition était dans la nature des choses. Parmi ces *actus legitimi* figurent la *mancipatio*, l'*acceptilatio*, l'*hereditatis aditio*, la *servi optio* et la *datio*

1. AULU-GELLE : *Nuits Attiques*, XI, 1.

2. Digeste loi 77, Liv. L, Tit. XVII. Ce n'est pas seulement la modalité qui était sacrifiée, l'acte tout entier était dépourvu de toute valeur : « *Actus legitimi in totum vitiantur per temporis, vel conditionis adjectionem* ».

tutoris. Mais ce que le formalisme ne permettait pas de faire ostensiblement, la pratique ne tarda pas à le sanctionner et les parties purent tacitement convenir d'une modalité de nature à suspendre l'exécution du contrat: « *non-nunquam tamen* » dit Papinien, « *actus suprascripti tacite recipiunt, quæ aperte comprehensa vitium adferunt* ».

D'autres formules, il est vrai, ne se prêtaient pas à des exigences si arbitraires; et si elles n'excluaient pas toute expression sacramentelle elles souffraient tout au moins et quelquefois sollicitaient une addition ou une modification. Les textes nous en fournissent quelques exemples. Tantôt c'était l'indication d'une personne qui devait être fournie; la formule de l'*adition d'hérédité* en est la preuve manifeste, puisqu'elle exigeait la mention du nom du *de cuius*: « *Quod me Mævius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque* (1) » Tantôt c'était le montant de la somme réclamée en justice qui devait figurer dans la demande. Telle la formule de la *manus injectio* rapportée par Gaius en ces termes: « *Quod tu mihi judicatus sive damnatus es sertonterium X millia, quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X millium judicati manus injicio* (2) ». De même la formule de la *nexi solutio* que nous devons encore à l'auteur des *Commentaires*: « *Quod ego tibi tot millibus eo nomine,... solvo liberoque hoc ære æneaque libra; hanc tibi libram primam postremam....* (3) ». Tantôt

1. ULPPIEN: Règles, XXII, 28.

2. GAIUS: *Commentaires*, IV, § 21.

3. GAIUS: *Commentaires*, III, § 174.

enfin la formule n'était complète qu'autant que l'objet du litige avait été spécifié. On peut citer à titre d'exemples la formule de l'*in jure cessio* : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio* (1) », et celle de la *rei vindicatio* : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, secundum suam causam, sicut dixi: ecce tibi vindictam imposui* (2) ». Le terme *hominem* n'est ici qu'un exemple et pourrait être remplacé par tout autre mot. De même l'expression « *secundum suam causam* » n'était que le remplissage d'un blanc qui devait indiquer le genre de puissance qu'on avait sur l'esclave revendiqué ou le droit qu'on pouvait exercer sur lui ou sur une chose déterminée (3).

Dans ces diverses formules, il y a deux éléments : l'un fixe et invariable auquel les parties ne pouvaient porter atteinte sans s'exposer aux rigueurs de la loi ; l'autre, au contraire, sujet à certaines modifications variant suivant le caractère de l'acte et la nature de l'opération.

II. — *Les formules devaient être exprimées oralement.*

Des textes nombreux et la terminologie elle-même attestent que la parole était, dans les temps les plus reculés, juridiquement nécessaire pour la réalisation d'un contrat, à l'exclusion de tout autre mode d'exprimer sa

1. GAIUS : *Commentaires*, II, § 24.

2. GAIUS : *Commentaires*, IV, § 16. La formule de la mancipation donne lieu à la même observation I, § 149.

3. M. GIRARD, à son cours sur la procédure romaine, 1892-1893.

volonté. L'écriture elle-même n'aurait pu remplacer le langage parlé : elle était, en effet, beaucoup moins caractérisée et moins exclusive que de nos jours. C'est cette idée que JOSEPH DE MAISTRE a développée dans les termes suivants : « Elle (l'écriture) se rapprochait davantage des formes lapidaires qui ne changent point : en sorte que ce que nous appelons si à propos *caractère*, ce je ne sais quoi qui distingue une écriture de l'autre était bien moins frappant pour les anciens qu'il ne l'est devenu pour les yeux modernes. Un ancien qui recevait une lettre de son meilleur ami pouvait n'être pas bien sûr à l'inspection seule de cette écriture si la lettre était de cet ami » (1). La loi des XII Tables montre bien, d'ailleurs, l'importance de l'élément verbal dans la conclusion des actes juridiques, puisqu'une de ses dispositions était ainsi conçue : « *Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* » (2). Ces deux mots juxtaposés, dont la signification ne laisse aucun doute, prouvent d'une façon péremptoire que c'est dans l'expression orale que le *nexum* et la *mancipation* puisaient toute leur force. Ce passage du plus ancien monument du droit romain est en outre confirmé, en ce qui concerne le point particulier qui nous occupe, par un texte de Cicéron relatif à la peine encourue par celui qui déniait ses

1. DE MAISTRE : *Le pape*, page 127. Lyon 1852. L'auteur fait en outre remarquer que l'importance du sceau surpassait de beaucoup celle du chirographe ou celle de l'apposition du nom que les anciens, au reste, ne plaçaient jamais à la fin de leurs lettres.

2. XII. Tables VI, 1.

engagements. « *Nam cum ex XII Tabulis* », dit l'auteur du *De Officiis*, « *satis esset ea præstari quæ essent, lingua nuncupata quæ qui inficiatus esset, dupli poenam subiret.* » (1). Enfin le nom que porte le contrat *verbis* suffit à faire connaître la manière dont il se réalisait.

De son côté, la terminologie romaine n'est pas sans préciser le rôle que le langage parlé était appelé à jouer dans les actes formels. Quoi de plus significatif, en effet, que ces expressions qui reviennent fréquemment dans les textes : « *in jus vocare, legem dicere, edictum, interdictum, infans, dies fasti et nefasti* » et d'autres encore ? Elles nous montrent l'importance considérable que les formules récitatives avaient su conquérir dans le droit primitif. Dans les contrats, il ne suffisait pas que l'une des parties exprimât oralement le contenu de l'acte : le créancier et le débiteur devaient l'un et l'autre prononcer à haute voix les paroles consacrées. Pour la stipulation on peut l'admettre avec certitude et, sur ce point CHRISTIANSEN et IHERING professent la même opinion (2). Le stipulant après avoir exposé l'objet du contrat, sollicitait du promettant une réponse conforme à la question et reproduite dans les mêmes termes ; un geste d'adhésion n'aurait pu remplacer les mots sacramentels. Ce que disait le premier, l'autre devait le répéter textuellement : à la demande : « *spondesne dare decem aureos ?* » le débi-

1. CICÉRON: *De Officiis*, III, 16.

2. CHRISTIANSEN : *Institutionen des römischen Rechts*. IHERING : *Esprit du droit romain*, T. III.

teur répondait : « *Spondeo dare decem aureos* ». La prestation de serment impliquait les mêmes exigences et on devait reproduire mot pour mot la formule qui était dictée.

Il serait inexact de conclure de là que dans la pratique aucun acte écrit n'était rédigé. Souvent, au contraire, il arrivait que l'écriture servait à fixer les termes du contrat ; mais elle intervenait à côté de la parole sans la remplacer. En ce qui concerne les traités, Tite-Live nous en a conservé la formule, et celle-ci mentionne que la lecture des tables a été faite : « *Legibus (fœderis) deinde recitatis : audi, inquit. Jupiter... ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt...illis regibus populus romanus prior non deficiet* (1). »

III. — *Les parties intéressées devaient prononcer elles-mêmes les paroles sacramentelles.*

L'acte formel exige d'une manière absolue, la présence des parties, le cérémonial auquel il était soumis étant nécessairement l'œuvre des intéressés. C'est une règle qui domine toute la législation romaine et qui disparut quand le formalisme fut à son déclin. Elle était un obstacle à l'acquisition des biens par autrui : « *nihil per extraneam personam nobis adquiri potest* (2) », ne permettait pas non plus de plaider par procureur : « *nemo pro nomine*

1. TITE-LIVE : *Histoire romaine*, I, 24.

2. *Institutes de Justinien*, Liv. II, Tit. IX, 5.

alieno lege agere potest (1) » et était toute puissante dans le droit des obligations, où elle était ainsi formulée : « *nemo alienum factum promittere potest; nemo alteri stipulari potest* (2). » Il résulte de ces différents textes qu'un contrat ne pouvait se former entre personnes absentes, qu'un transfert de propriété pour être valable, nécessitait la présence des deux parties, qu'enfin aucune action ne pouvait être engagée si les plaideurs ne pronçaient eux-mêmes les paroles sacramentelles de la *legis actio*. Toutefois le tuteur était appelé à représenter le pupille encore *infans*, mais en tout autre cas, il se bornait à compléter par son assistance et son approbation solennelle la capacité qui faisait défaut à ce dernier : « *auctor fit, auctoritatem præstat*. » La loi Hostilia avait établi une autre dérogation au principe en vertu duquel il n'était pas permis d'agir en justice pour autrui, quand la victime d'un vol était captive chez l'ennemi ou était absente pour le service de l'État.

Ces règles rigoureusement appliquées auraient arrêté la marche des affaires, aussi les Romains, peuple essentiellement pratique, ont-ils, par des voies détournées, remédié à ces graves inconvénients. Le jeu naturel des institutions leur offrait un procédé ingénieux qu'ils se gardèrent bien de négliger. Le fils de famille et l'esclave représentaient la personne du père ou du maître; quand ils figuraient sur son ordre dans un acte juridique, on

1. Loi 123, Digeste Liv. L, Tit. XVII. Gaius, *Commentaires*, IV, § 82.

2. Loi 38 princ. Digeste, Liv. XLV, Tit. I. Loi 65, Digeste, Liv. XLVI Tit. I. *Institutes de Justinien*, Liv. III, Tit. XVII, § 19. Loi 38, § 17, Digeste, Liv. XLV, Tit. I.

considérerait que seul il était en cause. Rien de plus naturel alors que d'autoriser les personnes *alieni juris* à prononcer les « *verba solemnia* » pour le compte du *paterfamilias* ou du *dominus*. Ulpien s'exprime à ce sujet en termes non équivoques : « *Quodcumque stipulatur* », dit le grand jurisconsulte, « *is qui in alterius potestate est pro eo habetur ac si ipse esset stipulatus* » (1). L'esclave et le fils n'avaient aucune capacité ; mais s'ils intervenaient dans un contrat, ils empruntaient la capacité du chef de famille ; leur personnalité s'effaçait devant la sienne. Il suit de là que grâce à ce moyen, le citoyen retenu loin de Rome pouvait néanmoins acquérir la propriété ou la possession d'une chose, accepter une hérédité, participer à un contrat, intenter une action et y défendre. Sur ce point, les anciens auteurs sont tous d'accord et cette unanimité témoigne du besoin qu'on avait à cette époque primitive de se soustraire aux entraves que le formalisme avait suscitées.

Dans les pages qui précèdent nous avons déterminé les éléments de l'acte formel, il n'est pas inutile, maintenant que nous les connaissons, de rechercher les avantages et les inconvénients qui en découlent (2).

Le formalisme protège l'expression de la volonté. Il sollicite l'attention des parties qui ont pour apprécier l'importance de leurs engagements réciproques le temps qui s'écoule entre les premiers pourparlers et la récitation de

1. Loi 45, *Principium*. Digeste, liv. XLV, t. I.

2. M. Cuq. *Les Institutions juridiques des Romains*, p. 719.

la formule. Dans cet intervalle la réflexion a pu accomplir son œuvre dans leur esprit et le mettre en garde contre une impression trop hâtivement perçue. En outre, les difficultés qui s'élèvent sur le point de savoir si l'acte est définitif ou s'il n'est encore qu'à l'état de projet, sont ici supprimées. Pour s'en prévaloir, il faut avant tout justifier que les formalités légales ont été accomplies. Le contrat se distingue de la sorte des négociations qui le préparent : tant que la formule n'a pas été prononcée, le lien de droit fait défaut. Ce n'est pas là le moindre mérite du formalisme. Enfin il permet de reconnaître sans aucune recherche le caractère de l'acte qu'on a entendu conclure. A chaque opération juridique correspond une formule, il est donc facile, à première vue, de savoir dans quelle catégorie il convient de la ranger, d'en contrôler les conditions de validité et d'en déterminer les effets.

Mais ces avantages dont il ne vient à l'esprit de personne de méconnaître la portée, disparaissent devant les inconvénients qui en sont la contre-partie. Sans revenir sur la nécessité pour les contractants d'être présents au moment de la conclusion de l'acte, il importe de signaler la situation différente qui est faite à ceux qui sont initiés aux formules et à ceux qui les ignorent. Les patriens s'étaient arrogé le droit de pénétrer les mystères de la procédure à l'exclusion des plébeiens et ceux-ci devaient s'adresser aux Pontifes s'ils avaient besoin de les connaître. N'oublions pas toutefois que des jurisconsultes, dont les auteurs sont unanimes à proclamer la probité et le désintéressement, mettaient leurs connaissances juridiques au service de chacun, qu'ils se faisaient un devoir de con-

seiller le pauvre comme le riche et de renseigner ceux qui venaient les consulter sur les formules à employer sans distinction de classe ni d'origine. Le formalisme, tel que l'entendaient les Romains, soulevait une autre objection : il mettait obstacle au libre jeu des rapports commerciaux en favorisant la mauvaise foi. Une erreur insignifiante dans la récitation de la formule était susceptible d'entraîner la nullité absolue d'un contrat, et le citoyen qui n'était retenu par aucun scrupule pouvait opposer à son adversaire une légère irrégularité et se soustraire ainsi à ses engagements. Nous devons cependant reconnaître que cet inconvénient n'avait pas, dans le droit primitif, toute la gravité qu'il aurait eue plus tard. A cette époque, les transactions étaient peu fréquentes et n'avaient lieu le plus souvent qu'entre personnes qui se connaissaient et s'appréciaient mutuellement. D'un autre côté, si les règles rigoureuses du formalisme offraient un refuge à la mauvaise foi, la conscience publique se révoltait et ne ménageait pas son indignation à celui qui ne craignait pas de se retrancher derrière un vice de pure forme. Les juges se montraient-ils impuissants à triompher des résistances d'un débiteur malhonnête et dont la loi encourageait les dénégations intéressées ? L'opinion engageait à son tour la lutte et ne désarmait qu'après avoir obtenu gain de cause. La justice sociale, dit M. LABBÉ, n'aurait pu rester indifférente devant une aussi révoltante mauvaise foi (1).

1. M. LABBÉ : *Des contrats et des pactes nus*, appendice 10, Ortolan, tome III, page 886.

SECTION II

Les solennités.

Si la parole a occupé une place importante dans les manifestations du formalisme romain, elle ne fut pas toujours suffisante, et à côté de ce premier élément, les actes solennels ne tardèrent pas à se révéler, prêtant un appui sérieux à l'expression de la volonté. Suivant la nature de l'opération juridique, on avait recours à telle ou telle solennité qui en gravait le souvenir dans l'esprit des contractants et assurait pleine efficacité à leurs conventions. A l'origine les cérémonies en usage avaient un rapport étroit avec le but qu'on voulait atteindre ; leur raison d'être apparaît nettement. Ainsi, dans la vente primitive qui se réalisait *per æs et libram*, rien ne semble plus naturel que l'emploi de la balance et de l'airain qui servent à déterminer le prix. Mais peu à peu ce caractère s'est effacé ; on n'aperçoit plus le lien qui autrefois existait entre l'opération et les solennités qui l'accompagnaient : l'harmonie est rompue et nous voyons les actes apparents s'introduire dans le domaine du droit. Telle la *coemptio* qui permet au mari d'acquérir la *manus* sur sa femme et qui n'est qu'une application forcée de la mancipation, ce mode d'acquérir spécial aux *res Mancipi*.

Les solennités que la législation romaine a connues sont fort nombreuses. Malgré leur diversité, IHERING les a groupées en cinq classes (1) :

1. IHERING. *De l'esprit du droit romain*, t. III, page 208.

1° Tantôt elles consistaient dans le concours du peuple tout entier ou de l'armée, suivant que l'acte était passé à Rome ou au camp ;

2° Tantôt l'intervention des autorités civiles, censeur ou préteur, était suffisante ;

3° Parfois, les autorités religieuses, les pontifes et le *Flamen dialis*, devaient procéder à une enquête et rechercher si les diverses prescriptions établies par les lois avaient été observées ;

4° D'autres fois, la présence de témoins était seule exigée ;

5° Enfin il était nécessaire dans certains cas que l'acte fût publié et porté à la connaissance des citoyens.

Il n'entre pas dans le cadre de cette thèse de passer en revue ces diverses solennités, mais nous devons consacrer quelques développements aux actes qui se réalisent *per æs et libram* et aux actes de juridiction gracieuse qui, par leur importance, s'imposent à notre examen.

I. — *Actes per æs et libram.*

Transférer la propriété, transmettre des droits successoraux, créer des obligations, telles ont été les multiples applications de l'*æs et libra*. Les formalités auxquelles il donnait lieu et qui étaient de nature à flatter le goût des Romains pour les cérémonies extérieures étaient d'une grande variété. Une déclaration solennelle, l'intervention de témoins, l'emploi de la balance et de l'airain en formaient les éléments indispensables.

I. — *Nuncupatio*.

La *nuncupatio* était la formule sacramentelle que devaient prononcer les parties et qui était destinée à préciser le but de l'opération. Nous renvoyons sur ce point aux explications précédemment données dans notre section 1.

II. — *Intervention de témoins*.

L'acte *per æs et libram* nécessite la présence de neuf personnes au moins : les contractants, le *libripens*, l'*antestatus* et cinq témoins.

La présence des parties s'explique par l'obligation où elles se trouvent de réciter les paroles solennelles de la *nuncupatio*, qui contiennent toujours une affirmation portant sur le droit de la personne même qui les prononce. C'est ainsi que l'acquéreur d'un esclave, par exemple, se servant de la formule sacramentelle, affirmera son droit de propriété en ces termes : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra* » (1). Une déclaration aussi précise ne saurait émaner que de l'intéressé et exclut toute idée de représentation.

Quant au *libripens* ou porte-balance, il était investi d'une mission de confiance qui consistait à peser le métal et avait pour objet la détermination du prix. A l'époque où l'argent monnayé était encore inconnu, cette fonction n'avait rien de symbolique et répondait à un besoin de

1. GAIUS, *Commentaires*, I, § 119.

chaque jour. Dans ces temps reculés, il fallait bien peser le lingot pour en connaître la valeur, puisqu'aucun titre officiel, aucune marque apparente, ne la révélaient. Gaius (1) nous fournit sur ce point un renseignement précieux quand il nous dit, s'appuyant sur un fragment des XII Tables qui n'est pas parvenu jusqu'à nous, qu'on déterminait la valeur des espèces d'après leur poids et non d'après leur nombre. Le rôle du *libripens* était donc un rôle important et réclamait de celui qui était appelé à le remplir de sérieuses garanties d'indépendance et de probité. Aussi certains auteurs ont-ils soutenu avec quelque apparence de raison que le *libripens* était un personnage officiel chargé d'une fonction publique. Un jurisconsulte allemand DANZ, a adopté cette manière de voir et à l'appui de son opinion il cite une inscription aux termes de laquelle T. Veditius et T. Vitorius auraient été nommés *décemvirs* et *libripendes* par un décret des décurions (2). Ce texte n'a pas la portée que l'auteur lui assigne, car s'il atteste que certains *libripendes* ont été officiellement désignés, il ne va pas jusqu'à prouver qu'il en ait été ainsi de tous. Il serait, d'ailleurs, bien surprenant qu'aucun écrivain de l'antiquité ne nous ait fait connaître cette particularité, et pourquoi Gaius aurait-il exigé que le portebalance fût citoyen romain et pubère (3).

1. GAIUS, *Commentaires*, I, § 122. Voici le passage : « *Ideo autem ces et libra adhibetur, quia olim cereis tantum nummis utebantur... eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat sed in pondere nummorum.* »

2. DANZ : *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, II, 10.

3. Cette doctrine est enseignée par M. CUQ : *Institutions juridiques des Romains*, page 259, note 2, Voigt, I, 211, Kuntze, II, 172.

Une autre erreur a été commise par quelques romanistes qui, sur le fondement d'un texte unique (1), dans lequel le *libripens* est appelé *antestatus*, ont confondu ces deux personnages, dont les fonctions sont cependant très distinctes (2). L'*antestatus* était chargé de réunir le porte-balance et les témoins et de s'assurer leur concours. A cet effet, il posait à chaque témoin la question traditionnelle : « *Licet antestari ?* Te plaît-il de témoigner ? » et sur sa réponse affirmative, il lui touchait le bout de l'oreille afin de lui faire comprendre ce qu'on attendait de lui (3). Mais si l'*antestatus* ne doit pas être confondu avec le *libripens*, il est à remarquer qu'il n'avait pas non plus à prêter son témoignage. Il intervenait, dit M. CUQ, plutôt dans les préparatifs de l'acte que dans l'acte lui-même et ne jouait qu'un rôle secondaire. La doctrine est cependant divisée sur ce point et M. MAYNZ s'est fait l'interprète d'une opinion d'après laquelle l'*antestatus* devrait être regardé comme le chef des témoins (4). L'éminent professeur fait notamment valoir que ni Gaius ni Ulprien ne mentionnent ce personnage et ajoute que c'est un malentendu des rédacteurs du Bréviaire d'Alaric qui a seul permis de lui attribuer une place spéciale parmi les personnes qui figurent dans l'acte *per aes et libram*.

1. *Epitome Gaii Instit.*, Titre VI.

2. Telle est l'opinion que semble adopter M. ACCARIAS : *Précis de droit Romain*, t. I, page 530 et note 1.

3. PLIN L'ANCIEN : *Histoire naturelle*, XI, 45 : « *Est in aure ima memoriae locus quem tangentes antestamur.* »

4. MAYNZ. *Cours de droit Romain*, t. I, § 97, page 703 et note 9.

Cette argumentation n'a pas réuni tous les suffrages et le jurisconsulte belge lui-même ne la trouve pas décisive, car pour lui la question reste au moins très douteuse. Tout ce qu'il nous est permis de conclure des passages de Gaïus et d'Ulpien, c'est qu'à l'époque où vivaient ces jurisconsultes l'*antestatus* ne jouait plus le rôle qui lui avait appartenu autrefois et qu'il était devenu le chef des témoins. Il paraît du reste bien difficile de ne pas faire cette concession à l'opinion que nous combattons en présence d'un texte récemment découvert et qui ne laisse aucun doute à cet égard. Il s'agit d'un testament *per aes et libram* fait en Egypte le 17 novembre 189 après Jésus-Christ, par un soldat retraité de la flotte de Misène et ouvert à Arsinoé le 21 février 194. Suivant l'édit prétorien, ce testament exigeait pour sa validité l'intervention de cinq témoins (en dehors de l'*emptor familiæ* et du *libripens*) ; or, il ne porte que les sceaux de quatre témoins et ceux de l'*antestatus*, c'est donc que ce dernier à qui incombait peut-être encore le soin de réunir les divers personnages dont la présence était nécessaire avait aussi à prêter son témoignage. Si on se refuse à l'admettre le testament dont il est ici question aurait été irrégulier par suite du nombre insuffisant de témoins. En outre la place qu'il occupe dans l'acte montre nettement qu'il était le premier d'entre eux (1).

1. *Ägyptische Urkunden aus den Koeniglichen Museum zu Berlin*, Bruns 1893, *Zehntes heft*, n. 326. La traduction latine de ce texte grec a été faite par M. GIRARD dans ses *Textes de droit romain*, 2^e édition 1895, page 725 et s.

Quant aux témoins, Gaius nous apprend qu'ils étaient pris parmi les citoyens romains pubères et que leur nombre ne devait pas être inférieur à cinq (1). Ce nombre de cinq qui rappelle la répartition ancienne des citoyens en cinq classes a éveillé l'attention des commentateurs, qui ont conjecturé que les cinq témoins représentaient les cinq classes du peuple romain (2). Festus nous dit, il est vrai, que rien n'était plus conforme à l'esprit de l'institution primitive (3) et Aulu-Gelle semble bien donner quelque vraisemblance à cette hypothèse, quand il désigne sous le nom de « *classici testes* » ceux qui prêtaient leur témoignage dans une mancipation (4). Enfin, dit-on, et cet argument n'est pas sans valeur, on conçoit sans peine que les Romains aient subordonné le transfert des choses les plus importantes à l'intervention de l'autorité publique dont les témoins ne seraient ici que les représentants. Telle est la doctrine à laquelle se rallie M. ACCARIAS (5). Elle n'est pas sans soulever de vives critiques. En premier lieu, si les témoins étaient les délégués des cinq classes du peuple romain, ils auraient dû être « *assidui* » et aucun texte ne l'exige. De plus le chiffre de cinq n'était pas uniforme. Il fallait au mini-

1. GAIUS : *Commentaires*, I, § 119. « ... *adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus* ». Ulpien, XX, 2.

2. MAYNZ : *Cours de droit romain*. T. I, § 31 p. 463.

3. FESTUS : *de verborum significatione* au mot *nuncupata*.

4. AULU-GELLE : *Nuits Attiques*, XV, 27, § 3.

5. M. ACCARIAS : *Précis de droit romain*, tome I, page 530 et note 2.

mum cinq témoins ; mais aucune disposition de la loi n'empêchait qu'on en fit intervenir un plus grand nombre. Cette remarque suffit à enlever toute signification au nombre cinq, dont on tire un précieux argument dans l'opinion adverse qui par là-même manque complètement de base. Et puis, nous voyons, en envisageant les différents actes qui se réalisaient *per aes et libram*, que les unes, le testament par exemple, impliquaient le concours du peuple tout entier, tandis que les autres, comme la mancipation, se contentaient de la présence de quelques citoyens. Cela tenait à l'importance qui était attachée à la transmission des patrimoines, au point de vue social et politique, alors que la masse du peuple devait rester indifférente à l'aliénation d'un bien quelconque. « On ne voit pas bien », pour emprunter de nouveau le langage de M. Cuq, « pourquoi l'on aurait exigé que chaque classe fût représentée par un délégué pour assister à un acte qui intéressait médiocrement la cité à une époque où la mancipation ne s'appliquait pas encore aux fonds de terre (1) ». Ce qui est vrai, c'est que les témoins étaient pris parmi les voisins, pourvu toutefois qu'ils fussent pubères et citoyens romains et qu'ils ne figurassent pas dans la catégorie des *intestabiles* (2). Ils devaient être présents au moment où les solennités de l'acte s'ac-

1. M. Cuq : *Les Institutions juridiques des Romains*, page 256.

2. Loi 26, *Digeste*, Livre XXVIII, Titre I. Au dernier point de vue Gaius s'exprime en ces termes : « *Cum lege quis intestabilis jubetur esse : eo pertinet ne ejus testimonium recipiatur, et eo amplius (ut quidam putant) neve ipsi dicatur testimonium.* »

complissaient, de là l'expression « *superstites* » qui servait à les désigner. « *Superstites*, dit Festus, « *testes præsentes significat* (1) ». Du reste leur présence effective était indispensable, puisque, d'une part, ils avaient une réponse solennelle à faire (2), ce qui explique que les muets ne puissent remplir ce rôle et que, d'autre part, ils étaient appelés à affirmer en justice que les formalités avaient été exactement observées, si une contestation venait à s'élever plus tard entre les contractants.

III. — *Emploi de la balance et de l'airain.*

L'emploi de la balance et de l'airain constitue le dernier élément solennel de l'acte *per æs et libram*. Il a été introduit dans la législation à une époque où le métal servait déjà d'intermédiaire aux échanges sans qu'il eût toutefois un titre et un poids déterminés et une question se présente tout naturellement à l'esprit : l'usage de peser la monnaie remonte-t-il aux temps les plus reculés de l'antiquité romaine ou bien est-il de date plus récente ? En général, aux premiers âges, la monnaie n'existe pas. Les transactions se font par voie d'échange et ce n'est qu'au cours d'une civilisation plus avancée que la notion

1. FESTUS. *De verborum significatione* au mot *superstites*.

2. PAUL. *Sentences*, Livre III. Titre IV, A. § 4 : « *Cæcus testamentum facere potest, quia accire potest adhibitos testes, et audire testimonium perhibentes.* »

de la vente proprement dite se fait jour. Il semble cependant que les Romains ont échappé à cette loi générale et qu'ils ont, dès l'origine, usé de la monnaie dans leurs rapports commerciaux. Cela ne doit pas surprendre outre mesure, puisque les peuples du Latium n'étaient pas à vrai dire des peuples nouveaux. Avant de s'établir dans la campagne romaine, ils avaient appartenu à une race parvenue à un certain degré de civilisation et qui avait traversé la phase de l'échange. Ils constituaient plutôt une colonie asiatique, et ces émigrés, en quête d'aventures, conservèrent les usages et les habitudes de leur ancienne patrie. S'il est à peu près démontré que les Romains n'ont pas connu l'échange, tel que le comprennent et le pratiquent les hommes des époques barbares, la preuve n'est pas encore faite qu'ils ont eu recours au métal pour servir d'étalon de valeur dans les transactions. Les objets d'ornementation chez les sauvages, les céréales chez les peuples agricoles, le bétail chez les peuples pasteurs, ont tout d'abord rempli cette fonction et on pourrait aisément concevoir qu'il en ait été ainsi dans la Rome primitive. Cette manière de voir a été consacrée par quelques auteurs, qui ont prétendu que le bétail avait pendant un certain temps servi de moyen d'échange chez les Romains.

Voici les différents arguments sur lesquels on s'appuie. La procédure *per sacramentum* ne pouvait être engagée si les plaideurs n'avaient au préalable consigné cinq bœufs ou cinq brebis, suivant l'importance de l'intérêt en jeu et c'est seulement, dit-on, à partir de la loi *Aternia Tarpeia* que la consignation est de cinq cents ou de cinquante

as (1). De plus, lorsqu'un citoyen avait été condamné à une amende, il se libérait en remettant un certain nombre de têtes de bétail (2). A ces arguments fournis par les textes, on peut objecter qu'il eût été trop rigoureux à une époque où la monnaie de métal était encore rare, d'imposer la consignation ou le paiement de l'amende en lingots et qu'on y substituait à titre de faveur, une richesse plus commune. L'opinion adverse fait aussi valoir que le mot *pecunia* vient de *pecus* qui veut dire troupeau, mais pour les besoins de la cause, on traduit ici *pecunia* par argent tandis qu'il désignait originairement la partie la plus importante de la fortune privée. Nous sommes convaincu, au contraire, que les Romains ont toujours fait usage du cuivre comme moyen d'échange et un texte de Pline l'Ancien (3), d'après lequel on se serait servi de barres de cuivre avant Servius, confirme cette assertion (4). S'il en est ainsi, on peut très justement conclure que l'usage de peser le métal est presque contemporain de la fondation de Rome et c'est à cette époque lointaine qu'on est en droit de faire remonter l'introduction de l'acte *per æs et libram*.

Servius Tullius opéra une première réforme en donnant une valeur déterminée à des lingots dont le titre seul avait été vérifié. Ces lingots portaient une marque offi-

1. CICÉRON. *De Republica*, II, 35. FESTUS : *de verborum significatione* au mot *peculatus*. AULU-GELLE : *Nuits Attiques*, XI, 1.

2. FESTUS. *De verborum significatione*, au mot *Ovibus*. CICÉRON : *de Republica*, II, 9.

3. PLINE-L'ANCIEN. *Histoire Naturelle*. Livre XXXIII, 3.

4. M. CUQ. *Les institutions juridiques des Romains*, pag. 256.

cielle qui en garantissait la pureté sans en révéler le poids ; il résulte de là que l'emploi de la balance avait la même utilité que précédemment. Mais quand le système monétaire romain se fut perfectionné, quand chaque pièce de monnaie eut un titre et un poids convenus, la balance aurait dû disparaître et MOMMSEN affirme que c'est là ce qui arriva (1). Il est hors de doute que pour les transactions qui se faisaient sans solennités, on négligea de peser des pièces dont on connaissait la valeur ; mais il est non moins certain que la monnaie a continué à être pesée dans les actes solennels. Faut-il s'en étonner ? Non, car ce serait méconnaître l'esprit formaliste du peuple romain, son respect pour les institutions du passé, son culte pour les formes primitives : il était attaché aux solennités d'autrefois et se plaisait à les conserver. La balance perdit son utilité pratique ; elle eut dès lors une signification symbolique.

Telles sont les diverses formalités qui se rencontrent dans l'acte *per æs et libram*, dont les applications ont été si nombreuses. Il n'est pas sans intérêt de les rappeler. S'agissait-il de transférer la propriété des *res mancipi* ? La mancipation était nécessaire. Voulait-on faire son testament ? On cédait à l'héritier de son choix tout son patrimoine et on avait recours pour arriver à ce but aux solennités de *l'æs et libra*. Ces mêmes solennités servaient aussi à faire naître des obligations et SUMMER MAINE a pu dire avec juste raison que « le contrat n'était

1. MOMMSEN. *Histoire de la monnaie romaine*. Traduction de Blacas, I, p. 209.

qu'une vente incomplète ». (1) Grâce à la loi de la concordance de la forme (*quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*) le lien de droit qui avait été créé d'une certaine manière devait être rompu de la même manière. Le *nexum* se formait *per æs et libram* et le paiement, pour être valable, s'effectuait suivant les mêmes rites. A ce sujet, Tite-Live nous cite deux faits qui ne laissent subsister aucun doute. Il raconte que les Romains vaincus et rançonnés par les Gaulois qui s'étaient emparés du Capitole, s'acquittèrent de leur dette à l'aide de la balance et de l'airain. (2) Le même historien rapporte que Manlius Capitolinus apercevant un centurion célèbre par ses hauts faits d'armes que l'on conduisait en prison parce qu'il avait failli à ses engagements, paya le montant de la dette; mais non content de ce paiement effectif il le fit suivre d'un paiement *per æs et libram*. (3). On est en droit de conclure de là que la numération des espèces eût été insuffisante à elle seule pour libérer le débiteur.

II. — Actes de juridiction gracieuse.

Le droit n'est pas parvenu dès les premiers temps à un complet développement. Des progrès constants ont marqué sa formation et peu à peu de nouvelles conceptions se sont introduites. Pour satisfaire aux besoins de plus en

1. SUMMER MAINE. *L'ancien droit*. Traduction de Courcelle-Seneuille.

2. TITE-LIVE. *Histoire romaine*. Livre V.

3. TITE-LIVE. *Histoire romaine*. Livre VI, 14.

plus nombreux auxquels le droit avait à répondre, on utilisa les institutions en usage, dont on élargit la sphère d'application. C'est ainsi, que suivant un procédé ingénieux et très en honneur chez les Romains, les jurisconsultes empruntèrent à la procédure des actions de la loi ses formes primitives et les détournèrent de leur but original et de leur fonction normale. « Les formes de l'action *sacramenti*, relatives à la vindication (*vindicatio*) d'une chose ou d'un droit réel », dit ORTOLAN, « furent détachées de cette action de la loi et reçurent un emploi fictif, qui fournit le moyen d'arriver à divers résultats non autorisés par le droit civil primitif ou assujettis à de plus difficiles conditions (1) ». A côté de la procédure contentieuse nous voyons apparaître la juridiction gracieuse, l'une et l'autre soumises aux mêmes règles empreintes d'un formalisme rigoureux. Les parties après avoir arrêté d'avance le but qu'elles se proposaient d'atteindre, se présentaient devant le prêteur et, simulant une contestation sérieuse, sollicitaient de ce magistrat une sentence qui devait trancher le différend. Les paroles sacramentelles et les cérémonies symboliques étaient les mêmes, qu'il s'agisse d'un procès réel ou d'un procès fictif; aussi ne faut-il pas s'étonner que les auteurs aient donné le nom d'actions de la loi aux actes de juridiction gracieuse (2).

1. ORTOLAN, *Histoire de la législation romaine*, Tome I, p. 670.

2. GAIUS. *Commentaires*, II, § 24, dit en parlant de l'*in jure cessio* : « *idque legis actio vocatur* ». ULPEN et MODESTIN s'expriment de même à propos de l'adoption et de l'émancipation : Loi 1, Digeste, Liv. I, Titre XX, et Loi 4, Liv. 1, Tit. VII.

Avant de rechercher les diverses solennités auxquelles ces actes donnaient lieu, il convient de rappeler un principe dont la portée est considérable en cette matière. Il est ainsi formulé : « *Confessus in jure pro judicato habetur* ». Cette règle que nous trouvons maintes fois rapportée au Digeste (1) revient à dire que dans tout procès les aveux faits par un plaideur en présence du magistrat sont tenus pour vrais et revêtent l'autorité de la chose jugée, pourvu toutefois qu'ils n'aient rien de contraire au droit, qu'ils n'aient pas pour objet quelque chose d'impossible et qu'ils ne tiennent pas à une erreur de fait. Ces restrictions apportées, le défendeur reconnaît-il que la prétention de son adversaire est fondée ? Le procès est terminé ; il n'y a pas lieu de nommer un juge, le magistrat ayant tout pouvoir pour constater le droit des parties et le sanctionner. C'est là le but vers lequel tendent les plaideurs, mais avant d'y parvenir ils doivent franchir une série d'obstacles, triompher de difficultés sans nombre. Formules, solennités, symboles, toutes ces manifestations du formalisme se retrouvent ici, protègent l'expression de la volonté et ne lui permettent pas de s'égarer.

Supposons qu'une personne veuille acquérir un esclave qui est la propriété d'un tiers décidé à le vendre. Le seul consentement n'aurait pas suffi à assurer le transfert de propriété et la tradition n'aurait pas mis l'acquéreur à l'abri d'une revendication. Une solennité s'imposait ; les jurisconsultes utilisèrent à cet effet les formes de l'action

1. Notamment dans les lois 1, 3, 4, 6. Digeste, liv. XLII, titre II.

sacramenti. Au jour fixé, les parties comparaissent devant le prêteur et amènent en sa présence l'esclave, objet du prétendu litige. L'acheteur jouant le rôle de demandeur au procès, met la main sur la tête de l'esclave et prononce la formule sacramentelle : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio* ». Puis le magistrat demande au vendeur s'il ne conteste pas l'affirmation de son adversaire. Le débat serait sérieux que le défendeur répondrait à la prétention de celui-ci par une formule de revendication identique à la première ; mais il garde le silence ou fait un signe d'acquiescement. De cet aveu exprès ou tacite, le prêteur conclut que le droit du demandeur est certain et il le consacre par une déclaration solennelle ou *addictio* (1).

Ce mode de procéder, qui porte le nom technique de « *cessio in jure* » quand il s'applique au transfert de la propriété, n'est pas spécial à cette matière. Il s'est, au contraire, généralisé de très bonne heure, et grâce à l'action des Prudents son domaine s'est considérablement agrandi. De cet emploi fictif de l'action en revendication, on déduisit l'*émancipation*, l'*adoption*, la *constitution*

1. On appelle *addictio* toute déclaration par laquelle le magistrat fait naître un droit au profit d'une partie qui le demande. Ainsi Suétone nous dit que l'attribution de la propriété à l'acheteur dans les ventes de biens publics s'effectue par une *addictio* (Jules César, 50). De même, c'est par une *addictio*, nous apprend Aulu-Gelle, que le magistrat attribue à l'individu volé la personne du voleur ou au créancier celle du débiteur qui n'exécute pas le jugement rendu contre lui (*Nuits Attiques*, XX, 1). Dans tous ces cas, c'est à la demande de la partie intéressée que l'attribution est faite.

des servitudes urbaines et de l'usufruit, la cession d'une hérédité. Il servait encore à faire un *affranchissement par la vindicte*, et dans ce but on exhuma les formes vieilles de la « *liberalis causa.* » Et ce qu'il y a de très remarquable, c'est que cette procédure subsista dans ses applications dérivées après avoir perdu son application originaire. Depuis longtemps les actions de la loi avaient fait place au système formulaire, et cependant les actes de juridiction gracieuse avaient conservé leur physionomie d'autrefois.

SECTION III

Le symbole (1).

« Les symboles et les actions symboliques », dit IHERING, « sont le langage de l'esprit dans son enfance ; c'est une écriture hiéroglyphique dont il se sert parce qu'il n'a pas encore trouvé l'écriture alphabétique de la représentation abstraite et qu'il n'en a pas encore acquis l'intelligence » (2). Le symbole a sa cause déterminante, sa raison d'être, et par conséquent son origine dans ce

1. CHASSAN : *Essai sur la symbolique du droit*, supplément page 376 : « L'idée de symbole se confond avec celle de signe, marque, dans le sens le plus général. Aussi *σημα*, *σημειον* chez les Grecs, *signum* chez les Latins sont employés comme analogues. Tel est le sens le plus simple et le plus naturel du mot symbole. »

2. IHERING : *Esprit du droit romain*, tome III, page 191.

penchant intime qui porte la nature humaine vers toute acception figurée et qui nous fait trouver un charme infini à exprimer nos idées ou à les voir traduire par des images vives et saisissantes qui parlent aux sens et surtout aux yeux (1). Sans doute, les actes symboliques sont le partage des peuples dans leur enfance, et sont d'une grande utilité pour traduire les idées abstraites, alors que le langage n'est encore que rudimentaire et que les expressions manquent pour rendre toutes les pensées, et, dit MICHELET, « l'imagination des hommes fut d'autant plus féconde en symboles poétiques qu'ils étaient plus jeunes, plus grossiers, plus incapables d'abstraire » (2). Mais chez certaines nations, le symbole n'a pas servi seulement à donner un corps à la pensée humaine aux premières heures de civilisation, il a eu une destinée plus longue et plus brillante qui n'a pas été entravée par le progrès des idées. Ainsi, à Rome, il fut l'objet d'un culte quelque peu excessif assurément mais qui s'explique cependant parce que chez les Romains il fallait frapper profondément les sens pour arriver à l'esprit. Qui ne sait que la vue de la robe ensanglantée de César produisit plus d'impression sur l'imagination des Romains que la nouvelle de son assassinat et que l'aspect de son cadavre?

Les symboles ont une double origine. Les uns, remon-

1. REYSCHER : *Symbolisch des germanischen Rechts*, page 102.
CHASSAN. *Symbolique du droit*. Livre II, Chapitre III, page 305.

2. MICHELET : *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*. Introduction, page LXVII, note 1.

tant à la plus haute antiquité, se retrouvent invariablement dans tous les pays, à travers tous les âges. Tel le symbole des clés que le mari remettait à la nouvelle épouse le jour des noces pour bien marquer la place qu'elle devait occuper au foyer domestique (1). Les autres, de date plus récente, ne sont que la représentation figurée d'actes sérieux à l'origine et qui ont dégénéré dans la suite en pures fictions. On peut citer à titre d'exemple la *mnium consertio* qui, après avoir été pendant longtemps une lutte réelle, est devenue plus tard un combat symbolique (2).

Quelques auteurs ont contesté que les symboles aient jamais eu une grande importance dans la législation romaine. M. MAYNZ écrit à ce sujet : « On a l'habitude à propos des actes juridiques d'exagérer de beaucoup l'élément symbolique dans le droit civil des Romains. Bien des opérations symboliques qu'on cite comme actes juridiques sont tout simplement des cérémonies qui étaient en usage à Rome sans avoir la moindre importance légale » (3). Nous ne contredisons pas sur ce point l'éminent romainiste ; mais faut-il aller jusqu'à prétendre, comme il le

1. FESTUS. *De verborum significatione*, au mot *clavis*. Cicéron, *Philippiques*, 2, 28 : « *Uxori claves dentur* ». En cas de divorce la matrone romaine renvoyait les clés. Cicéron, *loco citato* : « *Divortio facto adimuntur (claves)*, Saint Ambroise, *Epistola 47 ad Syagrium* : « *Quo mulier offensa claves remisit domum revertit* ».

2. AULU-GELLE dit très formellement en se basant sur un passage d'Ennius que la revendication avait lieu originaiement « *bello ferroque et vera vi atque solida* ». Aulu-Gelle : *Nuits attiques*, XX, 10.

3. MAYNZ, *Eléments de droit romain*, tome I, p. 262, note 34.

fait, que le mot symbole devrait être banni de la langue juridique des Romains ? Le savant professeur ne peut se résigner à croire qu'un peuple si sérieux et si pratique ait pu attacher une valeur quelconque aux actes symboliques. (1) Nous ne pouvons souscrire à cette opinion : les données de l'histoire, les constatations de fait et le témoignage des auteurs ne nous le permettent pas. Que tous les symboles n'aient pas eu la même importance légale, nous le concédons volontiers, mais n'allons pas en conclure qu'ils n'ont pas existé. Notre but d'ailleurs n'est pas d'apprécier la valeur comparative des divers éléments du formalisme, mais de rechercher les multiples manifestations qui caractérisent la prédisposition naturelle des Romains aux rites et aux solennités.

Les symboles que la législation romaine a consacrés sont fort nombreux et revêtent les formes les plus variées. Notons toutefois, que quel que soit le signe extérieur qui les distingue les uns des autres, tous concourent au même but : Ils ont pour objet de représenter d'une manière fictive, soit une chose physique ou abstraite appartenant au monde de la vie usuelle, soit un acte ou une personne. Une motte de terre, une glèbe figure un champ (2),

1. MAYNZ. *Eléments de droit romain*, tome I, p. 463, note 12.

2. MICHELET. *Origines du droit français*. Livre II, Chapitre III, page 115 : « La terre servait aussi comme symbole à la *vindicatio* romaine. Aulu-Gelle, 20, 10 : ils allaient au champ même, qui faisait l'objet du litige, y prenaient de la terre, et en portaient une glèbe à la ville devant le prêteur ; sur cette glèbe, comme sur le champ tout entier, avait lieu la *vindicatio*. FESTUS ; *de verborum significatione*, au mot *Vindicice*. »

une tuile est prise pour l'immeuble litigieux tout entier, le chapeau d'un individu représente sa personne, la chevelure caractérise la liberté et le commandement, l'anneau et la bague sont le signe solennel des fiançailles (1). La bague est encore le symbole de la tradition et en la livrant à la personne de son choix on la déclarait son héritière (2). Elle n'est souvent aussi qu'un symbole de garde plutôt que de propriété comme le prouve un texte de Papinien ainsi rapporté au Digeste : « *Pater pluribus filiis heredibus institutis moriens claves et anulum, custodiæ causa, majori natu filiae tradidit, et libertum eidem filiae, qui præsens erat, res, quas sub cura sua habuit adsignare jussit* (3). »

Le symbole servait aussi à réaliser une opération juridique. Ainsi on interrompait la prescription d'une terre en brisant un rameau. A cette occasion, le propriétaire donnait jour et heure au détenteur et il se transportait lui-même sur les lieux, assisté d'un certain nombre de témoins. En leur présence, il prononçait quelques paroles solennelles et, en même temps, cassait une branche d'arbre (4). S'agissait-il d'interrompre l'usucapion d'un immeuble urbain ou de dénoncer le nouvel œuvre? On recourait aux mêmes solennités, mais au lieu de briser un rameau on jetait une pierre sur le fonds litigieux ou sur

1. GRIMM : *Deutsche Rechtsalt*, page 177.

2. VALÈRE MAXIME VII, VIII, nos 8 et 9 : « *T. Barrulus Lenthulo Spentheri... decedens suos annulos, perinde atque unico heredi, tradidit.* »

3. Loi 77, § 24. Digeste, Livre XXXI, Titre II.

4. RÆVARDUS. *De auctoritate Prudentium*, caput IX.

la nouvelle construction. Cette simulation d'une voie de fait, empruntée, dit-on, à la loi des XII Tables, était une protestation suffisante pour conserver le droit mis en péril. Le contrat de gage se réalisait en fermant le poing, celui de mandat par une poignée de main, « *manu data*. » L'acceptation d'une hérédité était parfaite dès que l'héritier avait fait claquer ses doigts, « *digitis crepabat*. » Le père de famille voulait-il émanciper son fils ? Il lui donnait un soufflet (1). Pour prendre quelqu'un à témoin, on lui disait : « *Licet antestari ?* » et s'il répondait « *licet* », on lui touchait le bout de l'oreille. La revendication d'un meuble s'opérait en le saisissant avec la main (2).

Est-il nécessaire de rappeler que la tradition ne suffisait pas pour transférer la propriété quiritaire et que sous le règne d'Alexandre Sévère les actes solennels de la mancipation devenus des actes symboliques étaient encore d'un usage journalier pour arriver à ce but ? C'est à cette idée qu'il faut rattacher les formalités employées dans la vente des prisonniers de guerre. Elle eut été dépourvue de tous ses effets légaux si elle n'avait pas été faite *sub corona* (3). Tous les auteurs n'admettent pas cette solution et M. Huc s'est fait le champion d'une doctrine qui se refuse à voir le formalisme dans les institu-

1. Loi 6, Code. Livre VIII, Titre XLIX. Justinien en abolissant cet usage traite d'injurieux le soufflet dont il est fait mention « *injuriosa rhapsimata*. »

2. AULU-GELLE : *Nuits Attiques*, VII, 4.

3. C'est ce qui explique que dans les textes on désigne les esclaves ainsi vendus sous le nom de « *captivi coronati*. »

tions romaines. Il s'exprime dans les termes suivants au sujet de la vente *sub corona* : « Qu'est-il besoin de justifier du reproche de formalisme l'*emptio sub corona*?... Qu'importe que les prisonniers de guerre fussent publiquement exposés en vente ceints d'une couronne?... Ces usages n'avaient aucune espèce de valeur et n'exerçaient aucune influence sur le droit; ils n'avaient pas plus d'importance que n'en présente de nos jours le drapeau national décorant le fronton des palais de justice ou que le marteau d'ivoire dont se servent encore, je ne sais trop pourquoi, les commissaires-priseurs du département de la Seine (1). »

Cette assertion n'est pas de nature à nous convaincre et bien qu'elle ait trouvé quelque crédit auprès de M. MAYNZ nous persistons à croire que dans l'ancien droit, la vente d'un captif de guerre devait avoir lieu *sub corona*, sinon elle ne le faisait pas entrer dans le domaine quiritaire de l'acquéreur et ne lui donnait pas toute sécurité. Du reste, un texte de Varron, à notre avis, tranche la controverse. Il est ainsi conçu : « *In emptionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt...* 5^o *aut si e præda sub corona*

1. M. Huc. *Étude sur le formalisme de l'ancien droit romain. Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, Tome X, 1861, page 27. Dans ce mémoire, l'auteur prend à tâche de combattre la doctrine séculaire qui a toujours considéré le peuple romain comme un peuple formaliste. Il se proposait de poursuivre son étude; mais les critiques qui lui furent adressées par les membres de l'Académie de Toulouse ne l'encouragèrent pas dans la voie qu'il s'était tracée et nous n'avons pas connaissance qu'il ait donné une suite à son travail.

emit(1) ». Il résulte de ce passage, dont la portée ne saurait être sérieusement méconnue, que l'acheteur ne peut invoquer le bénéfice de la propriété quiritaire, s'il a acquis le captif autrement que dans une vente *sub corona*. C'était une des formalités usitées en matière de ventes publiques que d'exposer les prisonniers de guerre ceints d'une couronne et elle était aussi nécessaire que l'intervention du questeur. VARRON n'est d'ailleurs par le seul écrivain dont nous puissions invoquer le témoignage, AULU-GELLE (2) et FESTUS (3) fournissent des arguments à l'appui de notre système.

La formule du serment était, elle aussi, accompagnée d'un acte symbolique destiné à donner plus de force à la foi jurée. C'est ainsi que les fils de Brutus et les autres conjurés qui avaient formé le projet de ramener les Tarquins à Rome, furent tous d'avis de s'obliger les uns les autres en buvant tous ensemble du sang et en touchant des mains aux entrailles d'un homme qu'ils immoleraient (4). De son côté, SALLUSTE raconte que lorsque Catilina voulut s'attacher ses complices par un serment, il remplit les coupes de sang humain mêlé avec du vin et que tous y goûtèrent (5). Au dire de MICHELET (6), ceux qui devaient jurer par Jupiter tenaient un caillou et pro-

1. VARRON. *De re rustica*, II, 10,

2. AULU-GELLE. *Nuits Attiques*, VII.

3. FESTUS. *De significatione verborum*, au mot *sub corona*.

4. PLUTARQUE. *Vie de Publicola*, chapitre IV.

5. SALLUSTE. *Catilina*, 22.

6. MICHELET. *Origines du droit français*. Livre IV, Chapitre VI, p. 332.

nonçaient ces paroles : « Si je trompe à mon escient, que Jupiter, protégeant la ville et la citadelle, me chasse de ma demeure et de mes biens, comme ma main chasse cette pierre » (1). On avait recours à ce même symbole pour cimenter une alliance entre deux peuples, comme le prouve une formule de serment qui nous a été transmise par Tite-Live : « Celui des deux peuples qui, par doi et fraude, aura enfreint cet accord public, ô Jupiter, ce jour-là même frappe ce peuple, comme je vais frapper ici ce porc, frappe-le, d'autant plus que ta puissance est plus grande ». En même temps, celui qui prononçait ces paroles frappait le porc d'une pierre (2).

Cette énumération des actes symboliques, déjà longue, est cependant loin d'être terminée et nous devons étudier maintenant les symboles qui ont eu le plus d'importance dans la législation romaine. M. CUQ distingue trois symboles principaux, la tête, la main et la lance. « La tête », dit-il, « est le symbole de la personnalité juridique, la main caractérise le pouvoir du maître de maison, la lance symbolise la propriété (3). »

La tête est le siège de la pensée ; c'est en elle que résident les facultés qui distinguent l'homme des êtres inférieurs ; c'est elle qui commande et c'est sur elle que reposent tous les droits que l'homme peut acquérir. La langue juridique devait tout naturellement donner au mot *caput* un sens figuré et lui faire signifier l'ensemble des droits

1. FESTUS. *De verborum significatione*, au mot *Lapidem*.

2. TITE-LIVE. *Histoire romaine*, I, 24.

3. M. CUQ. *Les Institutions juridiques des Romains*, page 720.

qu'on peut avoir sous un rapport quelconque et plus spécialement par rapport à la liberté, à la cité, à la famille (1). C'est dans cette acception qu'il est pris dans l'expression « *capitis deminutio* ». *Caput* désigne ici l'état des personnes, pur symbole, puisqu'on se sert d'un signe extérieur pour exprimer un ensemble de qualités. Nous devons reconnaître que tous les auteurs n'ont pas donné au mot *caput* un sens symbolique. D'après NIEBUHR on aurait originairement entendu par *caput* le chapitre consacré à chaque citoyen sur les registres du cens (2). Tous changements qui devaient avoir pour effet de ranger un membre de la cité dans une catégorie inférieure et à plus forte raison ceux qui consistaient à le rayer des registres auraient dès lors reçu le nom de *capitis deminutio* (3). Rien ne justifie cette conjecture. Il en résulterait, en effet, que chaque citoyen aurait dû avoir un chapitre spécial sur les listes du cens. Mais Tite-Live nous apprend que les fils de famille étaient classés d'après la fortune de leur père (4) et nous pouvons conclure de là, qu'ils figuraient dans le même chapitre que lui. *Caput* est à proprement parler le synonyme de *status*.

La main symbolise l'omnipotence du maître. Ce symbole, dit VICO dans sa *scienza nuova*, se retrouve chez presque tous les peuples. « C'est par la main que l'homme

1. MAYNZ. *Eléments de droit romain*. Tome I, § 11, page 400.

2. NIEBUHR. *Histoire romaine*, tome I, p. 666 et Tome II, p. 460.

3. DE SAVIGNY partage cette manière de voir et à l'appui de cette hypothèse il fait valoir que, sous les empereurs, *caput* signifiait l'unité qui servait de base à l'impôt.

4. TITE-LIVE. *Histoire romaine*, Livre XXIV, chapitre II.

montre sa force, c'est l'instrument, le signe de sa puissance (1). » C'est pourquoi les Romains ont songé à employer le mot *manus* pour indiquer l'état de dépendance dans lequel se trouve une personne ou une chose vis-à-vis d'une personne déterminée. *Manus* désigne le droit du père de famille sur ses enfants, sa femme, ses esclaves et ses biens (2). De là, les mots *mancipatio* (*manu capere*) pour signifier l'acquisition d'une chose, *emancipatio* (*e manu capere*), quand il s'agit de soustraire un fils de famille à la puissance de son *pater familias*, *manu missio* (*manu mittere*), mode par lequel un maître affranchissait ses esclaves, *manus injectio*, expression qui sert à déterminer les droits du créancier sur son débiteur. La femme romaine quand elle se mariait, tombait sous la puissance de son mari, *in manu mariti*, dans certains cas tout au moins. Dans la procédure de la revendication, les plaideurs saisissaient avec la main l'objet litigieux et le geste est plus expressif encore que les paroles sacramentelles qu'ils prononcent. Ce n'est pas seulement le pouvoir domestique du père de famille ou du maître que la main a pour objet de représenter, mais encore la puissance publique, la force d'un peuple. Tel est le sens que l'on doit donner au mot *manus* dans le passage suivant de Tacite : « *Parva civi-*

1. MICHELET : *Origines du droit français*, livre II, chapitre III, page 129.

2. TITE-LIVE : *Histoire romaine*, livre III, 45 ; XXXIV. 2 — PLINE, lettres VIII, 8. — *Institutes*, livre I, titre XII, § 6 — TITE-LIVE, livre XXXIX, 48. — PLAUTE : *Curculio*, IV, 2 ; *Mercator* II, 3, 117. — Loi 4, Digeste, livre I, titre I.

tas sed gloria ingens veterisque famæ late vestigia manent utraque si per castra ac spatia quorum ambitu nunc quoque metiaris molem manusque gentis (1). »

La main est encore le symbole de l'union, de l'alliance entre citoyens ou entre peuples. L'union des mains était considérée comme le signe d'un consentement mutuel, comme le symbole d'un pacte convenu et conclu : les fiancés se donnaient l'un à l'autre en se donnant la main.

Il nous reste à rechercher comment et par suite de quelles causes la lance est devenue le symbole de la propriété, du domaine quiritaire. Pour les Romains, la victoire remportée sur les ennemis était la source primitive du droit de propriété. « Aucune chose » dit Cicéron, « n'est dans le domaine privé par la nature, mais par une ancienne occupation ou par la victoire » (2). Cette même idée est reproduite au Digeste, où le jurisconsulte Florentinus la formule dans les termes suivants : « *Mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur* » (3). Gaius n'est pas moins formel, quand il dit : « *Maxime sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent,* » et ajoute-t-il « *unde in centumviralibus judiciis hasta præponitur* » (4). Le tribunal des centumvirs était appelé, en effet, à trancher les questions de propriété et on avait

1. TACITE. *Mœurs des Germains*, Chapitre XXXVII.

2. CICÉRON. *de Officiis*, I, 7.

3. Loi 4, § 3, Digeste. Livre I, Titre V.

4. GAIUS. *Commentaires*, IV, § 16, *in fine*.

l'habitude de dresser une lance devant les juges lorsqu'ils tenaient séance. De là, l'antique usage de la lance comme symbole de la propriété romaine, et c'est là, ce qui donne quelque vraisemblance à l'opinion de Vico qui a conjecturé que le vieux mot latin « *quir* » signifierait lance et aurait donné naissance au mot « *Quirites* » (1). « Les Romains », suivant l'heureuse expression de Michelet, « étaient les adorateurs de la lance (*quirites, quir*), et la leur a volé par dessus le monde » (2).

Mais cet usage primitif a subi une transformation dans le cours des temps et au lieu d'employer la lance comme symbole de la propriété, on se servit de la baguette, image de la pique guerrière : « *Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii* » (3). Voici comment s'est opéré ce changement. Dans la procédure grossière de la revendication, les deux parties en venaient aux mains et la propriété de l'objet litigieux devait rester au vainqueur de ce duel judiciaire. Mais il vint un moment où les mœurs s'étant adoucies, les magistrats interposèrent leur autorité pour trancher les différends entre citoyens. Au combat primitif, une lutte fictive fut substituée et la lance qui autrefois armait le bras des combattants fut elle-même changée en une simple baguette, qui en devint l'emblème. On comprend dès lors le rôle de la baguette dans les mains des parties parce qu'elle représente la lance, symbole de la propriété

1. VICO, *Scienza nuova*.

2. MICHELET, *Origines du droit français*, Introduction, page XXIII.

3. GAIUS, *Commentaires*, IV, § 16.

quiritaire. Ces déductions logiques n'ont pas satisfait cependant tous les esprits. GRIMM (1), en Allemagne, et MICHELET (2), en France, ont émis l'opinion que l'investiture se faisait à Rome par le fêtu de paille. Ces auteurs ont soutenu que ce mode symbolique fut surtout usité dans les formalités de la revendication, de la stipulation et de l'affranchissement. Isidore de Séville dit bien, il est vrai, que le mot *stipulatio* dérive de *stipula*, paille, parce que les anciens Romains avaient l'habitude quand ils contractaient, de séparer une tige de paille en deux parties qu'ils rejoignaient ensuite pour symboliser l'accord des volontés (3). Le témoignage d'Isidore de Séville est resté trop isolé pour qu'on puisse y attacher la moindre valeur. Un vers de Plaute : « *Quid ea ingenúa, an festuca facta, serva an libera est?* » (4) et un passage de Gaius relatif à la revendication : « *qui vindicabat festucam tenebat* » (5) sont encore moins décisifs, car l'argument qu'on en tire repose sur une erreur de traduction, qui consiste à donner au mot *festuca* le sens de paille, alors qu'il signifie baguette. Reconnaissons toutefois que quelle que soit la solution que l'on adopte, que l'on traduise *festuca* par paille ou par baguette, on est d'accord pour constater l'élément symbolique dans les actes où la *festuca* intervient.

1. GRIMM, *Poésie im Recht*, § 10. *Deutsche Rechtsalt*, pages 128 et suiv.

2. MICHELET, *Origines du droit français*. Liv. II. Chap. III, p. 119.

3. ISIDORE DE SÉVILLE, *Origines*, V, 24.

4. PLAUTE, *Miles Gloriosus*, IV, 1, 15.

5. GAIUS, *Commentaires*, IV, § 16.

CHAPITRE II

APPLICATION DES DIVERSES MANIFESTATIONS DU FORMALISME AUX PRINCIPALES INSTITUTIONS JURIDIQUES.

Nous avons examiné, dans notre chapitre I, les diverses manifestations du formalisme, les formes que la poésie juridique a revêtues aux premiers siècles de la Rome antique. Elles nous paraissent autant d'entraves matérielles au développement naturel du droit, et il semble, au premier abord, qu'elles aient alourdi sa marche. Il n'en est rien cependant, car il était dans le génie du peuple romain de préférer à l'abstraction pure ces cérémonies savamment réglées, qui avant d'impressionner l'esprit avaient vivement impressionné les sens. Cette tyrannie des formes n'a jamais pesé sur ce peuple, adorateur fervent des solennités et des symboles, et, bien loin de ne voir en elles que des conceptions artificielles, il les regardait comme des créations naturelles et parfaitement acceptables. Il se prêtait volontiers aux formalités les plus exigeantes et, respectueux des prescriptions du législateur, chacun récitait les formules consacrées et accomplissait sans un sourire des solennités souvent puériles. Ce culte de la forme se manifeste dans toutes les institutions juridiques des Romains et notre tâche va désormais con-

sister à rechercher le tribut que chacune d'elles a payé au formalisme. Nous devons explorer le domaine du droit tout entier, nous efforçant de mettre en relief les traits caractéristiques qui ont marqué la prédisposition naturelle du peuple romain aux signes extérieurs. Passer successivement en revue les principales institutions relatives aux personnes, aux biens et aux actions qui ont subi l'influence du formalisme, tel est l'objet de notre chapitre II.

SECTION I

Le formalisme dans le droit des personnes.

Une idée générale se dégage de l'étude du droit des personnes dans la législation romaine. Elle peut se formuler de la manière suivante : on ne pouvait modifier l'état dans lequel on se trouvait antérieurement, ni acquérir une qualité nouvelle sans recourir à des formalités que la loi ou la coutume avait consacrées. La validité du mariage, du divorce, d'un affranchissement, d'une adoption, était subordonnée à l'emploi de certaines solennités qui variaient avec les diverses institutions et le but à atteindre. Nous allons en juger.

D'après une opinion longtemps en faveur auprès des romanistes, le mariage romain se serait réalisé par le seul consentement. La loi 30 au Digeste semble bien, en effet, fournir un argument sérieux à cette manière de voir quand elle dit : « *Nuptias non concubitus sed con-*

sensus facit » (1). Malgré la précision du texte invoqué, nous croyons devoir adopter l'opinion contraire, plus en harmonie avec le système général du droit, d'après laquelle la formation du mariage exigeait davantage que l'accord des volontés et nécessitait une tradition effective de la femme au mari. Le principal argument qu'on puisse faire valoir est tiré de la distinction que les jurisconsultes établissent entre les deux futurs époux. L'absence du mari n'est pas un empêchement au mariage, quand son consentement est exprimé « *per nuntium aut litteras* », à la condition que la femme soit conduite à son domicile. Il n'en est plus de même si celle-ci est absente, puisque son éloignement constitue un obstacle matériel à ce qu'elle soit mise à la disposition de son mari. Il faut donc autre chose que le consentement des parties contractantes : la tradition de la femme au mari en qualité d'*uxor* est nécessaire.

Ces deux conditions sont-elles les seules qui aient été requises pour la formation du mariage ? N'était-il pas indispensable que quelque solennité fût accomplie, que des témoins fussent présents ? Les lois, nous devons le reconnaître, ne contiennent aucune disposition à ce sujet ; elles avaient fait du mariage un acte d'ordre exclusivement privé ; mais la coutume, grâce aux formes gracieuses et symboliques dont elle l'entoura, en fit un contrat solennel. Des usages domestiques et religieux qui remontent à la plus haute antiquité avaient rendu obligatoires des cérémonies nombreuses que les auteurs nous

1. Loi 30 Digeste, livre I, titre XVII.

font connaître (1). Au premier rang se placent les fiançailles d'où résultait l'accord des volontés des chefs de famille. Elles consistaient en une demande et une réponse solennelles. « *Spondesne Seiam filiam tuam Lucio filio meo uxorem dari ?* » demandait le père du futur époux au père de la fiancée et celui-ci répondait : « *Dii bene vortant ! Spondeo* » (2). Telle est la formule traditionnelle qui donnait lieu à l'action *de sponsu* et dont les termes devaient être religieusement respectés, pour qu'une sanction y fût attachée. Le jour du mariage, la fiancée dont un voile cachait les traits (3), portant la quenouille, le fil et le fuseau (4) mettait la main droite dans celle de son mari. Puis tous deux offraient un sacrifice aux dieux pour attirer sur eux leur protection et obtenir de leur faveur la fécondité du mariage qui assurait la perpétuité des familles et du culte domestique (5). Enfin, quand le soir était venu, la jeune fille se prêtait à un rapt simulé. Conduite par trois jeunes gens au domicile de son mari

1. Des détails intéressants nous ont été particulièrement donnés par Lucain : PHARSALE II, vers 353 et suiv. et Festus : *de verborum significatione* aux mots *Patrimi* et *Matrimi*.

2. Ce sont des vers tirés de deux comédies de Plaute, l'*Aululaire* II, 2, 208 et le *Trinummus*, II, 4, 98, qui ont permis à M. Cuq de rétablir la formule de la *sponsio* usitée dans les *sponsalia*.

3. Ce voile de couleur jaune est désigné dans les textes sous le nom de *flammeum*. FESTUS : *De verborum significatione* : aux mots *Cingulum*, *flammeum nuptiae*.

4. PLINE L'ANCIEN : *Histoire naturelle*, Livre 8, chapitre 48.

5. On avait l'habitude d'immoler une truie et cet usage était commun aux Latins et aux Grecs. VARRON. *De re rustica*, II, 4, 9.

qui lui offrait l'eau et le feu (1), elle franchissait le seuil en prononçant ces paroles solennelles : « *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia* » (2). Ces solennités qui accompagnaient les mariages des patriciens et des plébéiens remontent certainement à l'époque royale et à cette époque elles étaient obligatoires. Plus tard, quand la loi eut réglementé les rapports de famille, elles se maintinrent dans les usages et si elles avaient cessé d'être légalement obligatoires les mœurs en imposaient encore l'accomplissement (3).

Il n'est pas sans intérêt de remarquer qu'il fallait avoir recours à des cérémonies particulières pour que le mariage produisît certains effets (4). C'est ainsi que le mari n'acquiescerait la *manus* sur sa femme qu'à la condition que l'union des deux époux eût lieu « *confarreatione aut coemptione* ». Le mariage *confarreatione* était consacré par le grand pontife ou le prêtre de Jupiter devant dix témoins. Après avoir prononcé des paroles solennelles, le fiancé et la fiancée faisaient le tour de l'autel, précédés

1. Loi 66 au Digeste. Liv. XXIV, Titre I.

2. Cette formule signifierait d'après Plutarque : *Quæst. Rom.* 30 : « Là où tu es le maître, moi je suis la maîtresse ». Cicéron affirme qu'elle était uniquement employée dans les mariages qui se réalisaient *per coemptionem*. Mommsen est d'avis qu'elle s'appliquait dans tous les cas où la femme entrait dans la *gens* de son mari.

3. M. Cuq : *Les Institutions juridiques des Romains*, pages 209 et 210.

4. A ce sujet, on peut rappeler qu'au Bas-Empire il était nécessaire de dresser un *instrumentum dotale* pour que le mariage opérât légitimation, sans doute afin de rendre bien manifeste la transformation du concubinat en mariage.

d'un enfant portant un gâteau fait de fleur de farine, d'eau et de sel, que l'on jetait ensuite dans le feu préparé pour le sacrifice. La mariée portait une couronne de marjolaine qui ornait sa coiffure en forme de tour, un voile de pourpre et une tunique blanche, serrée par une ceinture de laine de brebis. Au moment où elle allait entrer dans la demeure de son mari, on l'enlevait des bras de sa mère et elle passait sans toucher des pieds le seuil de la maison conjugale, puis on la faisait asseoir sur une toison (1). Auparavant, on avait consulté les augures et on ne procédait à la célébration du mariage que s'ils avaient été favorables. De bonne heure, les Romains reconnurent la puérilité de cet usage, mais respectueux de la tradition ils la conservèrent pour la forme. Ces solennités n'avaient pas seulement pour effet de faire passer la femme de la famille de son *paterfamilias* dans celle de son mari, elles avaient aussi pour conséquence de donner aux enfants qui venaient à naître des mariages ainsi contractés le pouvoir de devenir flamines de Jupiter, de Mars ou de Quirinus ou *reges sacro.um*.

La *confarreatio* n'avait d'application que dans les mariages entre patriciens et un plébéien ne pouvait acquérir dès le jour des noces la *manus* sur sa femme. L'*usus* lui permettait bien d'arriver à ce résultat, mais seulement après une année de cohabitation non interrompue. Aussi les Prudents imaginèrent un procédé qui enchaîna les parties par un lien de droit dès le jour du mariage. Ils utilisèrent dans ce but les formes de la man-

1. MICHELET. *Origines du droit français*. Livre I, Ch. II, p. 20.

cipation et mettant à profit le droit qui appartenait au père de vendre ses enfants, d'après la loi des XII Tables, ils l'autorisèrent à manciper sa fille au mari et cette vente faisait naître au profit de celui-ci les droits résultant de la *manus*. On lui donna le nom de *coemptio*. Elle s'accomplissait suivant le même rite que tout acte *per æs et libram*, seule la formule de la *mancipatio* était différente et bien qu'elle ne soit pas parvenue jusqu'à nous, on peut conjecturer qu'elle marquait la situation que la femme allait prendre dans la maison de son mari (1). Certains auteurs, parmi lesquels nous devons citer MICHELET (2), semblent croire qu'à l'origine la *coemptio* de la femme était une vente véritable. On pourrait s'arrêter à cette idée, car bien des peuples, dans leur enfance, ont connu cette forme grossière de mariage (3), mais, à Rome, il n'en fut jamais ainsi. La *mancipatio*, en cette matière, n'a été qu'un acte dénaturé, détourné de sa destination primitive pour produire un résultat, qu'un simple concours de volontés n'était pas susceptible d'entraîner. Dans la suite, les jurisconsultes étendirent encore son domaine et la firent intervenir dans différentes opérations où elle n'était plus qu'une simple forme nécessaire pour atteindre un but plus éloigné, que le préliminaire d'un autre acte dont l'exécution était assurée par un contrat de fiducie. Les textes nous font connaître trois applications de la *coemptio* où elle sert à établir la *manus fiduciæ*

1. M. CUQ. *Les Institutions juridiques des Romains*, p. 221.

2. MICHELET. *Origines du droit français*, Livre I, Ch. II, p. 20.

3. Les coutumes germaniques en fournissent la preuve manifeste.

causa. Supposons tout d'abord une femme *sui juris* appelée à une hérédité. Son acceptation entraînerait pour elle l'obligation d'entretenir le culte du *de cuius*. Afin d'éviter cet inconvénient, elle fait la *coemptio* avec un vieillard, qui devient héritier par l'addition de la femme actuellement sous sa puissance. Puis, il l'affranchit et lui restitue tous les biens dépendant de la succession, tandis qu'il supporte la gêne des *sacra* moyennant une rémunération (1). En second lieu, la *coemptio fiduciæ causa* permettait d'une manière indirecte à la femme de faire un testament, puisque dans les premiers siècles, aucune femme ne pouvait tester si elle n'avait pas subi de *capitis deminutio*. Pour en arriver là, elle faisait la *coemptio* avec un tiers de bonne volonté qui au lieu de la maintenir en sa puissance s'empressait de l'affranchir. La *capitis deminutio* qui résultait de cette double opération avait pour effet de rompre les liens d'agnation et par suite de relever la femme de son incapacité : n'ayant plus d'agnats il n'était plus à craindre qu'elle les privât de sa succession. Enfin une dernière application de la *coemptio* avait lieu lorsque la femme qui n'était pas sous la tutelle de ses agnats ou d'un patron voulait changer de tuteur. Avec l'*auctoritas tutoris*, elle se mancipait à un tiers qui la remanipait à une personne déterminée. Celle-ci s'empressait de l'affranchir et devenait son tuteur, sur la complaisance duquel elle pouvait compter. Dans ces diverses hypothèses, l'élément formaliste domine et la volonté,

1. CICÉRON. *Pro Murena*, 12, dit de cette *coemptio* qu'elle est faite *interimendorum sacrorum causa*.

même clairement exprimée, serait restée inefficace, si elle ne s'était pas révélée aux yeux par quelque solennité.

Si le mariage ne se contractait que moyennant l'accomplissement de cérémonies variées et pour la plupart symboliques, on peut dire que la rupture du lien conjugal était aussi subordonnée à des formalités étroitement déterminées. Il est vrai que pendant longtemps le divorce fut inconnu à Rome ; mais quand il se fut introduit dans les mœurs, la coutume l'assujettit à certaines formes. Un long usage consacra des formules qui avec le temps devinrent obligatoires et qui variaient suivant que la volonté de répudier était exprimée par le mari ou par la femme. « *Tuas res tibi habeto* ; aie avec toi ce qui t'appartient », disait le mari. « *Tuas res tibi agito*, fais tes affaires toi-même », signifiait la femme (1). C'était le plus souvent un affranchi qui transmettait ces paroles. De plus, le mari qui répudiait sa femme devait consacrer une partie de ses biens à Cérès, la principale divinité qui présidait au mariage, et offrir aux dieux mânes un sacrifice expiatoire. La loi *Julia de adulteriis* a supprimé ces anciens usages, mais a exigé l'intervention de sept citoyens romains et pubères, « *præter libertum ejus qui divortium faciet* (2) », afin que la date du divorce fût fixée avec précision (3). Des formes plus complexes

1. Loi 2, § 1, Digeste, Livre XXIV, Titre II.

2. Loi 9, Digeste, Livre XXIV, Titre II.

3. Ulpien dit très formellement que le divorce, pour être valable, devait se réaliser suivant certaines formes : « *Lex Julia de adulteriis nisi certo modo divortium factum sit pro infecto habet* ». Loi 1, § 1, *in fine*, Digeste, Livre XXXVIII, Titre XI.

étaient employées quand il s'agissait de rompre une union contractée « *confarreatione* ». Une cérémonie analogue à celle qui était usitée dans le mariage « *farreo* » servait à dissoudre le lien conjugal et plusieurs textes la mentionnent sous le nom de « *diffareatio* (1) ». C'était une solennité religieuse à laquelle procédait le pontife en présence des époux qui prononçaient des paroles sacramentelles (2). Cette cérémonie avait plutôt pour objet d'éteindre la *manus*, mais la dissolution du mariage en était une conséquence immédiate et obligatoire et il y a lieu de faire la même remarque quand la puissance maritale avait été acquise « *coemptio* » avec cette différence toutefois que dans ce cas le mari devait manciper sa femme à un tiers qui s'empres-
sait de l'affranchir.

Le mariage est l'association de l'homme et de la femme qui s'unissent pour fonder une famille, mais par le fait seul de sa naissance l'enfant n'y entre pas ; il n'a même pas droit à la vie et comme dit le poète :

« *Tum porro puer, ut sævis projectus ab undis*
« *Navita, nudus humi jacet, infans, indigus omni*
« *Vitæ auxilio...* » (3).

1. M. CUG dans ses remarquables « *Études d'épigraphie juridique* », page 110, parle d'une inscription retrouvée à Antium où il est question d'un *sacerdos confarreationum et diffareationum*.

2. Ces paroles, au dire de Plutarque, *Quæstiones Romanæ*, 50 étaient étranges et faisaient frémir.

3. LUCRÈCE : *De natura rerum*. Livre V.

Il gît tout nu à terre et resterait un étranger pour les siens si le père ne manifestait par un acte tout extérieur sa volonté de lui donner l'accès de sa maison. L'enfant est déposé à ses pieds et s'il consent à devenir son protecteur, il doit le prendre dans ses bras et le relever, attestant par là son intention d'en acquérir la propriété ; puis il offrait un sacrifice aux dieux de la famille pour associer le nouveau-né au culte domestique et lui donnait un nom.

L'enfant, qu'un acte symbolique a fait entrer dans la famille de son père, ne peut dorénavant en sortir sans que le formalisme joue un rôle important, et qu'il s'agisse pour lui d'entrer dans une *gens* nouvelle par une adoption ou de devenir *sui juris* par une émancipation, des formalités à peu près identiques devaient être employées. Il faut tout d'abord avoir recours à des moyens détournés et dont on n'aperçoit pas de suite la raison d'être : seul le formalisme peut les expliquer. Rompre les liens de puissance qui unissaient l'enfant à son *paterfamilias*, tel était le premier pas qu'il était nécessaire de franchir. Une *abdicatio* dépourvue de formes solennelles n'aurait eu aucun effet juridique ; aussi les jurisconsultes songèrent-ils à utiliser une règle de la loi des XII Tables à laquelle nous avons déjà fait allusion et qui était ainsi conçue : « *Si pater filium ter venumdabit, filius a patre liber esto* » (1). Par une application détournée de cette disposition, le père mancipait son fils à un ami qui

1. Cette règle est rapportée par Gaius : *Commentaires*, I, § 132 et par Ulpien : *Règles*, tit. X, § 1.

l'affranchissait aussitôt, et la même opération se renouvelait trois fois de suite (1). L'enfant était dès lors exclu de sa famille, et c'était là le résultat auquel on voulait aboutir, quand il s'agissait d'une émancipation (2) ; mais si au lieu de rendre *sui juris* le *filiusfamilias*, on avait en vue de le faire passer sous la puissance d'une personne déterminée, d'autres formalités étaient exigées. La triple mancipation dont nous avons parlé n'avait lieu que pour la forme, et il n'entraînait pas dans l'intention des parties de traiter l'enfant comme un esclave. De même, le procès fictif qui va s'engager entre le *paterfamilias* et l'adoptant n'était que de pure forme. Au lieu d'affranchir celui qu'il avait l'intention d'adopter, l'adoptant le gardait *in mancipio*, lors de la troisième vente imaginaire. Dans cette situation, il se présentait devant le magistrat et, en présence du père et de l'enfant, il revendiquait ce dernier comme son fils (3). Toute cette procédure que nous avons vue en détail, en étudiant les actes de juridiction gracieuse, avait pour but de manifester nettement la volonté

1. La loi des XII Tables n'avait parlé que des fils. Les prudents se basant sur une interprétation littérale se contentèrent d'une seule mancipation pour les filles et les petits enfants.

2. Une particularité due au formalisme mérite d'être notée. Si le père voulait se réserver les droits de patronat, il exigeait par un contrat de fiducie que son fils lui fût remancipé, et c'est alors lui-même qui l'affranchissait.

3. AULU-GELLE : *Nuits Attiques*, V, 19 : « *Adoptantur autem cum a parente in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo qui adoptat, apud eum apud quem legis actio est vindicantur.* »

des parties et de la protéger contre les défaillances du souvenir. N'oublions pas non plus cette inclination naturelle qui portait les Romains des premiers siècles aux cérémonies les plus complexes et qui n'est pas restée étrangère à l'extension du formalisme.

D'autres causes sont encore venues favoriser ce mouvement. Elles tiennent à des raisons d'ordre politique qui expliquent l'intervention du peuple dans un certain nombre d'actes intéressant la cité tout entière : tels l'adrogation qui éteignait une famille et un culte et l'affranchissement qui donnait à un esclave les droits du citoyen.

Le but de l'adrogation était de faire naître au profit de l'adrogeant les droits résultant de la puissance paternelle sur une personne *sui juris*, qui perdait le nom de ses ancêtres et n'avait plus qualité pour entretenir le culte *gentilice* dont elle avait la garde. Ces conséquences n'étaient pas sans présenter de sérieux inconvénients lorsque l'adrogé était le dernier de sa famille et qu'il restait seul à soutenir l'éclat d'une maison illustre. D'un autre côté, il fallait s'assurer des louables intentions de l'adrogeant et rechercher s'il ne cachait pas quelque calcul malhonnête. Ces motifs suffirent à expliquer les formes rigoureuses dont l'adrogation était entourée et qui consistaient dans un vote du peuple et une enquête des Pontifes. « *Arrogationes* », dit Aulu-Gelle, « *nec temerè, nec inexploratè committuntur ; nam comitia, arbitris etiam pontificibus, præbentur, quæ curiata appellantur* » (1). L'adrogé allait-il entrer dans une *gens* moins honorable que celle

1. AULU-GELLE, *Nuits attiques*, V, 49.

à laquelle il appartenait ? Le respect des *sacra* allait-il, être amoindri ? L'adrogation ne cachait-elle pas une spéculation de la part de l'adrogeant ? Autant de questions que le collège des Pontifes avait à examiner. S'il rendait un décret favorable, les comices étaient réunis. Le magistrat chargé de présider l'Assemblée interrogeait tour à tour l'adrogeant, l'adrogé et le peuple appelé à consacrer la volonté des parties. L'adrogation n'était pas encore parfaite : un lien retenait l'adrogé à sa famille, il devait le rompre par une *delestatio sacrorum*, qui impliquait renonciation au culte domestique. Cette dernière solennité s'accomplissait devant les *comices calates* réunis pour approuver la déclaration de l'adrogé qui dans une formule sacramentelle manifestait son intention de n'avoir plus à sa charge l'entretien des *sacra*. Il vint un moment où les comices disparurent et cependant une « *lex curiata* » servait toujours à réaliser l'opération (1), mais elle n'était plus qu'une forme, dépourvue de toute utilité et qui dut son maintien dans les usages au respect de la tradition. Dès la fin de la République les trente licteurs avaient remplacé l'Assemblée du peuple dont ils étaient le symbole et leur rôle se bornait à celui de simples témoins. Seuls les Pontifes avaient conservé leurs attributions d'autrefois ; c'est ce que veut dire Tacite quand il nous présente l'adrogation de Pison par Galba comme faite « *lege curiata apud pontifices* ».

Quant à l'affranchissement, il ne pouvait se faire que

1. Nous trouvons encore ces expressions dans les ouvrages de Suétone, *Octave Auguste*, 65 et de Tite-Live, *Histoire romaine*, I, 15.

dans certaines formes et on ne tenait aucun compte d'une manifestation quelconque de volonté (1). Ici encore les pouvoirs publics étaient appelés à intervenir. Le maître était bien libre de soustraire un esclave à son droit de propriété; mais il n'était pas en son pouvoir d'en faire un citoyen romain, ni de lui donner la liberté : ce droit n'appartenait qu'à la cité. Tantôt, le peuple faisait connaître directement sa volonté, lorsque réuni en comices il avait à délibérer sur un testament, dont une des dispositions contenait un affranchissement; tantôt, il délèguait ses pouvoirs au censeur quand il s'agissait d'affranchir « *censu* » ou au prêteur dans l'affranchissement « *vindicta* ». Le premier de ces deux modes était des plus simples et sa simplicité même nous fait croire qu'il n'existait pas à l'origine. L'esclave, avec l'autorisation de son maître, se faisait inscrire sur les registres du *cens* et cette inscription était suffisante pour lui donner le droit de cité. Il n'en était pas de même de l'affranchissement par la *vindicta* qui empruntait, comme tous les actes de juridiction gracieuse, à la procédure des *Legis actiones*, ses formes compliquées et ses cérémonies symboliques.

Le maître qui voulait affranchir son esclave se présentait avec lui et un tiers appelé *adsertor libertatis* devant le magistrat. L'*adsertor libertatis*, qui le plus souvent était un des licteurs, prétendait que l'esclave,

1. C'est là ce qu'exprime Dosithée en termes non équivoques, quand il dit : « *Una libertas erat et libertas fiebat ex vindicta, vel ex testamento, vel ex censu.* » *Disputatio forensis de manumissionibus*, § 5.

sur la tête duquel il posait une baguette (1), était une personne libre et sollicitait du prêteur une *addictio* conforme à sa déclaration. Bien loin de contredire cette prétention, le *dominus* se taisait et le magistrat éclairé par cet aveu donnait la liberté à l'esclave, que le maître faisait ensuite tourner sur lui-même afin de rendre manifeste le changement d'état qui s'était opéré en lui (2) et le gratifiait d'un soufflet, dernier acte de sa puissance. Sans doute, ces actes symboliques n'avaient pas reçu la consécration de la loi; la coutume seule les avait introduits, mais ils furent accueillis avec tant de faveur par les Romains qu'ils devinrent d'un usage journalier et conservèrent longtemps encore leur utilité.

Si l'affranchissement par la *vindicta* s'accomplissait dans les formes de la « *causa liberalis* », il n'en était cependant qu'une fiction, aussi les conditions nécessaires pour le réaliser n'étaient-elles pas aussi rigoureuses : il importait peu que le magistrat siègeât *pro tribunali* ou fût en dehors du prétoire, que l'affranchissement fût demandé un jour faste ou un jour néfaste. Il suffisait que les formalités de la *Legis actio* fussent exactement remplies.

1. Cet usage nous explique l'expression latine : « *imponere libertatem* » employée par Julien : Loi 4 *principium*, Digeste, Liv. XL, Titre II. C'est de là que vient aussi la dénomination d'affranchissement *vindicta*.

2. Ce symbole a donné naissance aux mots *circum agere* ou *vertere servum*, pour signifier affranchir.

SECTION II

Le formalisme dans le droit des biens.

Les modes d'acquérir la propriété entre-vifs ou à cause de mort et le droit des obligations n'ont pas résisté à l'influence du formalisme. Les Romains n'auraient pu concevoir que le seul consentement fût de nature à faire passer d'un patrimoine dans un autre les biens qui en dépendaient, ni qu'un lien de droit prit naissance sans que la volonté des contractants se fût manifestée par un fait extérieur. C'est une constatation que permet de faire une étude même superficielle des institutions de l'ancienne Rome relatives aux biens, dont nous abordons l'examen.

Ce principe consacré par nos lois (1) que l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, qu'elle rend le créancier propriétaire, encore que la tradition n'en ait point été faite, n'a pas trouvé place dans la législation romaine. Elle l'a banni de parti pris lui substituant cet autre principe : « *pactis et stipulationibus dominia rerum non transferuntur* ». Ce n'était pas faire une concession suffisante à l'esprit formaliste dont était animé le législateur romain que de subordonner à l'emploi d'une formule sacramentelle la volonté d'acquérir et celle d'aliéner, il fallait, en outre, qu'une solennité ou tout au moins

1. Article 1138 du Code civil.

un acte apparent la révélât aux yeux. La tradition effective ou symbolique de la chose vendue qui cependant marquait bien nettement la commune intention des parties ne devait même pas satisfaire les exigences des premiers Romains. Obéissant à la pensée formaliste qui leur était chère ils imaginèrent une distinction tout artificielle, sur le fondement de laquelle on discute encore aujourd'hui, entre les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi*, les unes pouvant s'acquérir par simple tradition, tandis que les autres étaient soumises à un mode solennel d'aliénation.

C'est cette distinction qui a entraîné, comme conséquence forcée, la création d'un mode civil destiné à transférer la propriété des choses *Mancipi* sous la garantie de l'autorité publique, la *Mancipatio*. Nous connaissons par l'étude que nous avons faite des actes *per æs et libram*, dont la *Mancipatio* n'était qu'une des applications, les solennités diverses qui servaient à la réaliser. Les paroles sacramentelles que les parties avaient à prononcer, l'intervention de témoins, l'emploi de la balance et de l'airain en constituaient les principaux éléments, qui devaient nécessairement figurer dans la vente des *res Mancipi* et là surtout où s'accuse le formalisme, c'est quand il dépouille de tout effet juridique la simple tradition de ces sortes de biens et la *Mancipatio* des *res nec Mancipi*. Outre la complexité des formes de ce mode solennel d'aliénation, il impliquait aussi la présence de la chose Mancipée ou sa représentation symbolique quand il s'agissait d'un immeuble et cette condition était exigée avec une telle rigueur pour les meubles que la même

mancipatio n'en pouvait comprendre plus que l'acquéreur n'en pouvait toucher à la fois (1). Ces exigences n'étaient pas faites pour déplaire aux Romains et on concoit sans peine qu'ils s'y soient pliés de bonne grâce; mais la *mancipatio* n'avait qu'une portée limitée : elle ne s'appliquait qu'aux *res Mancipi*, c'est-à-dire aux biens les plus précieux, les esclaves, les animaux domestiques, les immeubles situés en Italie et les servitudes rurales mais n'était d'aucune utilité dans les ventes des *res nec Mancipi*. La tradition corrigeait cet inconvénient, sans pouvoir servir à transférer les *res incorporales*, et on dut, pour parvenir à leur aliénation, faire un nouvel emprunt à la procédure des *legis actiones*. Un procès fictif, auquel les jurisconsultes ont donné le nom de *cessio in jure*, servit d'expédient pour donner une valeur juridique à une opération pour laquelle les formes ordinaires auraient été insuffisantes. Le patrimoine dont il s'agissait de transférer la propriété comprenait-il des *res incorporales* ou des *res Mancipi*? La tradition était inapplicable. Comprenait-il des *res nec Mancipi*? La *mancipatio* ne pouvait pas être utilisée. On eut recours dans ces deux cas à l'*in jure cessio* : mais la cession d'une masse de biens ne devait pas être sa seule application et on ne tarda pas à l'étendre aux aliénations de choses considérées individuellement. Nous ne croyons pas utile de rappeler les formes de ce mode solennel d'acquérir et nous renvoyons sur ce point aux développements que nous avons consacrés aux actes de

1. M. ACCARIAS : *Précis de droit romain*. Tome I, page 530,

juridiction gracieuse. Qu'il nous suffise d'observer qu'en cette matière l'*addictio* du magistrat qui terminait la procédure, avait une grande importance ; elle n'avait pas pour effet de reconnaître un droit préexistant, elle en créait un au profit du demandeur et ce droit n'était autre que le droit de propriété *ex jure quiritium*.

La législation romaine qui s'est montrée si formaliste pour le transfert des droits réels à titre onéreux, a-t-elle été moins rigoureuse pour les aliénations à titre gratuit ? Bien loin de là. La convention de donation était, en principe, dépourvue de tout moyen de sanction et le droit à la libéralité ne prenait naissance que si la volonté du donateur s'était révélée d'une manière tangible. « C'était un acte », dit M. Cuq, « qui, par lui-même, était sans valeur juridique, il était impuissant à faire acquérir au donataire la propriété de l'objet donné ou à le rendre créancier de la chose promise. Il devait, pour être efficace, être réalisé, suivant les circonstances, par une mancipation, confirmé par une stipulation ou par une acceptilation » (1). La validité de la donation était donc subordonnée, soit à la prononciation d'une formule, soit à l'accomplissement de certaines solennités ; mais au VI^e siècle de Rome la loi Cincia est venue rendre encore plus difficile la perfection des donations quand elles dépassaient un certain taux ou qu'elles ne s'adressaient pas à des « *personæ exceptæ* ». D'après cette loi, la libéralité était-elle faite par voie de dation ? Il fallait une tradition réellement effectuée ou, s'il s'agissait d'une *res Mancipi*,

1. M. Cuq : *Les Institutions juridiques des Romains*, p. 557.

une mancipation suivie de tradition. De plus, une possession annale devait consolider le droit du donataire. Était-elle faite par voie de stipulation ? La loi nouvelle exigeait, même dans ce cas, que le transfert de la propriété ait eu lieu, sinon le donateur pouvait se refuser à exécuter l'obligation qu'il avait contractée, en opposant l'*exceptio legis Cinciae*.

La constitution de dot elle-même qu'on aurait dû favoriser n'a pas trouvé grâce devant le formalisme romain. Elle se réalisait de trois manières : par une dation qui devait s'effectuer dans les formes usitées pour tout transfert de propriété, par une stipulation dont nous verrons plus loin les conditions de formation, ou par une *dictio dotis*, qui appartenait à la classe des contrats *verbis*. Ce procédé, tout spécial à la constitution de dot, consistait à réciter une formule dont les termes étaient de rigueur et c'était dans les paroles mêmes qui étaient prononcées que l'obligation du constituant avait sa source et puisait toute sa force. Les textes ne nous disent pas d'une façon précise quelle était la formule sacramentelle ; toutefois, il est permis, en s'appuyant sur quelques fragments du Digeste, de conjecturer qu'elle était ainsi conçue : « *Decem tibi doti erunt* » (1). Il est hors de doute que le constituant devait s'exprimer non pas en termes quelconques mais en

1. Voici les diverses formules que nous relevons au Digeste. Paul : « *Pro Stichō quem mihi debes, decem tibi doti erunt.* » Loi 25. Digeste, Livre XXIII, Titre III. Javolénus : « *Quod filius tuus mihi debet, id doti tibi erit.* » Loi 57, Digeste, Livre XXIII, Titre III. Marcellus : « *Decem tibi aut Titio erunt.* » Loi 59 Digeste, Livre XXIII, Titre III.

termes solennels, cela résulte d'une constitution des empereurs Théodose et Valentinien (1) ; mais cependant quelques auteurs ont nié que la formule que nous avons rapportée fût celle de la *dictio dotis*. M. CUQ ne voit en elle qu'une simple stipulation. Voici d'ailleurs comment il s'exprime à ce sujet : « Cette formule, qui se rapporte au futur, est sans exemple dans l'ancien droit : dans tous les actes juridiques celui qui prononce les paroles solennelles s'exprime au présent et à la première personne (*aio, do, lego*). Puis elle ne contient pas le mot *dico* qui caractérise la *dotis dictio*, et lui a valu son nom. L'absence du mot technique doit nous avertir que nous n'avons plus affaire à la *dotis dictio* mais à la stipulation » (2).

Qu'il nous soit permis de faire remarquer tout d'abord que si l'emploi du futur est un obstacle à ce que la formule : « *decem tibi doti erunt* » soit celle de la *dictio dotis*, il ne permet pas davantage d'y voir une formule de stipulation. La *dictio dotis* et la stipulation étaient régies par les mêmes règles, puisqu'elles appartenaient toutes deux à la même classe de contrats et s'il n'est pas contesté que la forme du futur puisse s'appliquer à la stipulation, il n'y a pas de raison pour l'exclure de la *dotis dictio*.

Il est vrai que le mot « *dico* » ne figure pas dans la formule précitée ; mais n'oublions pas que Paul, Javolénus et Marcellus vivaient à l'époque classique et que le droit s'était départi de son antique rigueur. Il avait déjà pu se

1. Code théodosien. III, 13, 4.

2. M. CUQ : *Les Institutions juridiques des Romains*, p. 232.

produire à propos de la *dotis dictio* une évolution analogue à celle que nous constatons en matière de stipulation et il est à présumer qu'à l'unique formule des premiers temps où se trouvait le mot *dico*, l'usage en avait substitué plusieurs autres, où on le jugea inutile. Mais, ce qui surtout ne nous permet pas de nous rallier à l'opinion de M. Cuq, c'est que la stipulation comprend invariablement une question et une réponse, tandis que la *dotis dictio* n'exige qu'une affirmation solennelle de la part du constituant. Or, dans les formules que nous avons rapportées, il n'est pas fait mention de l'acceptation du mari et l'engagement pris par la femme, son père de famille ou son débiteur apparaît seul dans les paroles prononcées. Ce vers de Tèrence :

« *Dos, Pamphyle, est decem talenta. Accipio* (1) »

a pu faire illusion, car il contient à la fois une affirmation et une réponse; mais la plupart des auteurs sont d'accord pour reconnaître qu'il s'agit ici d'une simple promesse de remettre dix talents à titre de dot et sans aucun caractère de solennité.

Si des modes d'acquérir la propriété entre-vifs nous passons aux modes de transmission des biens à cause de mort, nous retrouvons le primitif esprit du droit romain : prédominance de la forme sur le fond, détermination du nombre et du rite des actes juridiques. C'est surtout en cette matière que l'on peut reprocher aux Romains un excès de formalisme. A l'origine, l'extrême complication des formalités avait cependant sa raison d'être. La Rome

1. TÈRENCE. *Andrienne*, Acté V, Scène IV, vers 47.

primitive ne connaissait pas, en effet, la propriété privée ; l'État était l'unique propriétaire et c'était lui qui concédait aux citoyens, pour eux-mêmes et leur postérité, la jouissance de certains biens. On s'explique alors que la transmission d'une hérédité soit sanctionnée par un vote du peuple réuni en comices. De plus, la dévolution des droits successoraux entraînait pour l'héritier la continuation des *sacra privata* du défunt et il importait à la religion que le culte privé, si en honneur dans chaque famille, ne fût pas laissé aux soins d'un indifférent ; de là découlait tout naturellement la nécessité de prendre l'avis préalable du collège des Pontifes. Mais, dans la suite, quand les biens devinrent exclusivement patrimoniaux et que le scepticisme s'empara des esprits, on n'aperçoit plus le besoin de ces formalités, qui cependant se maintinrent dans les traditions. Le peuple n'eut alors qu'un rôle de témoin et l'approbation des curies fut de pure forme. C'est à partir de ce moment, suivant la remarque de M. ACCARIAS (1), que l'armée qui n'était pas un pouvoir délibérant put remplacer les comices dans ce rôle de témoin et qu'on voit apparaître à côté du testament *in calatis comitiis* le testament *in procinctu* qui se faisait par une déclaration solennelle à haute voix en présence de l'armée. Que d'inconvénients résultaient de cette manière de procéder ! On ne pouvait tester que deux fois l'an, lors de la convocation des comices, et si on voulait modifier un testament antérieur, il fallait obtenir une nouvelle loi ; enfin les dispositions de dernière volonté

1. M. ACCARIAS. *Précis de droit romain*, Tome I, page 798.

étaient connues de tous les citoyens et cette publicité était de nature à apporter le trouble dans les familles, quand des espérances légitimes étaient déçues. La pratique vint à bout des premiers inconvénients, mais laissa subsister le dernier, en appliquant à la transmission des patrimoines la solennité de *l'æs et libra*, déjà usitée pour transférer la propriété, pour créer et pour éteindre des obligations. Le testament *per æs et libram* exigeait la présence effective du testateur qui mancipait son patrimoine dans les formes ordinaires, du *familiae emptor* qui jouait le rôle d'acquéreur et n'était autre que l'héritier lui-même, du *libripens* et de cinq témoins. Cette mancipation solennelle avait pour but de faire connaître la volonté du *paterfamilias* et d'effectuer réellement la transmission du patrimoine; mais elle avait aussi pour conséquence de dévoiler le nom de l'héritier, puisque nul autre que lui ne pouvait intervenir dans la solennité à titre de *familiae emptor*. Une nouvelle réforme, qui fut l'œuvre des Prudents, ne tarda pas à être accomplie. Au lieu d'exprimer oralement ses dernières volontés, le testateur les rédigeait par écrit et, en termes solennels, il déclarait que l'écrit qu'il tenait à la main contenait ses dispositions testamentaires. Puis, il mancipait son patrimoine au *familiae emptor*. Cette mancipation, qui est nécessaire pour donner aux *Tabulae* la force d'un testament, n'intervient plus que pour la forme, par imitation du droit ancien et dégénère en un acte purement symbolique dans lequel le *familiae emptor* put être étranger à l'hérédité. Un dernier pas restait à franchir pour dégager le testament des étreintes du formalisme. Il fut donné au prêteur de le

franchir et, cédant à de sérieuses raisons de logique, il tint pour valable tout acte de dernière volonté qui remplirait certaines conditions, sans qu'il fût besoin de recourir à une mancipation devenue superflue.

Ce n'est pas seulement à l'égard de la forme des testaments que le formalisme s'est fait sentir. N'était-ce pas lui faire une nouvelle concession que de subordonner à une institution d'héritier préalable la validité de toute disposition (1)? Et avec quelle précision les Romains ont-ils déterminé les règles auxquelles devait être soumise cette institution d'héritier! Une seule formule lui fut tout d'abord applicable. Elle était conçue en termes impératifs :

1. M. CUQ : *Les institutions juridiques des Romains*, page 301, pense que cette règle n'était pas absolue dans l'ancien droit. D'après le savant professeur, le legs était indépendant de l'institution d'héritier. A l'appui de cette opinion, il fait valoir : 1° Que la loi des XII Tables ne subordonne en aucune façon la validité d'un legs à la nécessité d'une institution d'héritier, quand elle dit : « *Ut legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.* » 2° Que cette même loi vise certains legs dont les formules ne font aucune mention d'une institution d'héritier préalable : le legs *per vindicationem*, l'acte qui a pour objet la nomination d'un tuteur et celui qui permet à la femme de faire elle-même le choix de son tuteur. A cette argumentation on oppose les §§ 229 et 230 du commentaire II de Gaius ainsi conçus : § 229 : « *Ante heredis institutionem inutiliter legatur ; scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.* » § 230 : « *Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari potest.* » Ces textes paraissent formels ; mais s'ils précisent le droit du temps de Gaius, ils laissent de côté le droit des XII Tables et ils n'infirmen en rien l'opinion soutenue par M. Cuq.

« *Titius heres esto* » et fut exclusive de tout autre jusqu'au jour où l'usage, triomphant de ces exigences rigoureuses, consacra les suivantes : « *Titium heredem esse jubeo. Titius heres sit.* » Mais au temps même de Gaius on n'approuvait pas des formules quelconque et l'auteur des *Commentaires* signale comme n'ayant aucune valeur ces formules qui se rapprochaient cependant des précédentes : « *Titium heredem esse volo. Titium heredem facio, instituo* (1). » Ce n'était pas assez que d'instituer un héritier en se conformant aux prescriptions de la loi, il fallait en outre que le testateur qui avait des héritiers siens songeât à les exhérer suivant certaines formes s'il voulait les priver de sa succession, et ce qui prouve qu'il s'agit ici encore d'une règle de pure forme, c'est que la volonté du testateur reste libre et sera respectée s'il fait usage d'une formule impérative d'exhérédation (2). On exigea même qu'il désignât son fils *nominatim* tandis que ses autres descendants pouvaient être exhérés par une formule vague et générale, celle-ci, par exemple : « *Cæteri exheredes sunt* (3). » Ces dispositions que la coutume avait introduites en faveur des enfants légitimes ou adoptifs, comportaient une sanction rigoureuse. En cas d'omission ou d'exhérédation irrégulière d'un enfant mâle au premier degré, le testament était entaché d'une

1. GAIUS : *Commentaires*, II, § 117.

2. La théorie de l'exhérédation n'est pas contemporaine de la loi des XII Tables et elle n'a fait son apparition qu'à l'époque de Cicéron.

3. GAIUS : *Commentaires*, II, §§ 127 et 128.

nullité absolue et ne produisait aucun effet (1) et ces conséquences n'étaient même pas écartées bien que le *paterfamilias* lui eût attribué quelque legs ou quelque fidéicommis, parce qu'au sens romain du mot il n'en avait pas moins été omis.

D'un autre côté, la succession n'était légalement transmise à l'héritier que s'il avait exprimé son intention de l'accepter par une formule sacramentelle. On lui donnait le nom de « *cretio* » et Ulpien la définit dans les termes suivants : « *Cernere est verba cretionis dicere ad hunc modum : cum [id] me Mævius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque* (2). » Cette acceptation expresse était même si importante que suivant le principe : « *Hereditas non adita non transmittitur* » l'institué venant à mourir avant d'avoir déclaré solennellement sa volonté, ne transmettait à ses propres héritiers aucun de ses droits à la succession.

La matière des legs n'a pas été non plus à l'abri des exigences du formalisme. De même que l'institution d'héritier était soumise à des particularités de forme, de même, le legs n'était valable qu'autant qu'il était conçu en termes impératifs qui rappellent le style législatif. « *Sumito, capito, damnas esto, præcipito* », telles sont les expressions en usage et dont le testateur ne pouvait

1. A ce sujet une divergence d'opinions divisait les Proculiens des Sabinien. Ceux-ci annulaient le testament par cela seul que le fils avait été omis, qu'il eût ou non survécu à son père. Les premiers, au contraire, subordonnaient la nullité du testament à la survie du fils.

2. ULPYEN : *Règles*, Titre XXII, § 28.

s'écarter. Rien de plus contraire à la raison et à la liberté humaine, que cette création artificielle de formules rigoureuses auxquelles l'homme doit malgré lui soumettre et assujettir la manifestation de sa volonté. Et ce qui prête d'autant plus à ces justes critiques, c'est que la législation romaine a consacré quatre espèces de legs ayant chacune leur formule propre et une sphère d'application limitée. « Le père de famille, dit M. MAYNZ, qui voulait faire un legs devait donc se rendre un compte bien exact du résultat qu'il tenait à obtenir et avoir soin d'approprier la forme du legs au but qu'il s'agissait d'atteindre. Faute d'agir ainsi, il s'exposait à faire une disposition invalide ou inefficace » (1). Cependant le professeur belge se refuse à voir dans ces règles rigoureuses la domination du formalisme : « Il suffit d'un moment de réflexion », ajoute-t-il aussitôt, « pour se convaincre que la grande division des legs n'a rien d'artificiel, que ce n'est pas le législateur qui a arbitrairement et despotiquement subjugué la volonté de l'homme ; que c'est, au contraire, la variété des manifestations de cette volonté qui a imposé la nécessité de consacrer des formules et de créer des règles appropriées aux diverses manifestations. Ces règles étaient certes rigoureuses comme doivent l'être les règles d'un droit primitif, mais elles étaient rationnelles et susceptibles de se plier aux exigences sociales » (2). Que la théorie des legs soit un chef-d'œuvre de logique et d'analyse, nous l'accordons volontiers,

1. M. MAYNZ. *Cours de droit romain*. Tome III, page 530.

2. M. MAYNZ. *Cours de droit romain*, tome III, page 530, note 37.

mais en est-il moins vrai qu'elle n'allait pas sans quelque exagération de raideur quand elle méconnaissait la volonté certaine du testateur sous le prétexte puéril d'une impropriété de formule ?

A chaque classe de legs correspondait une formule particulière avec sa nature propre et ses effets spéciaux. Ainsi le legs *per vindicationem* (*hominem Stichum do, lego*) (1), s'appliquait exclusivement aux choses dont le père de famille avait la propriété quiritaire et faisait naître, au profit du légataire, l'action en revendication. Au contraire, le legs *per damnationem* (*Heres meus servum meum Stichum dare damnas esto*) (2), ne produisait qu'une obligation sanctionnée par l'action *ex testamento*. Quant au legs *sinendi modo* (*Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem, sibi que habere*) (3), il servait à léguer les biens qui étaient dans le patrimoine du testateur à l'époque de la confection du testament ; mais l'ancien droit le laissa longtemps sans valeur juridique. Il imposait à l'héritier un simple devoir qui vers la fin de la République se transforma en une véritable obligation par l'introduction dans la procédure romaine des actions *incertæ*. La dernière catégorie de legs comprend le legs *per præceptionem* (*Lucius Titius hominem Stichum præcipito*), sur la portée duquel de grandes controverses s'élevaient. Les Sabiniens, dont Gaius suivait les doctrines,

1. GAIUS. *Commentaires*, II, § 193.

2. GAIUS. *Commentaires*, II, § 201.

3. ULPEN. *Règles*, titre XXIV, § 5. GAIUS, *Commentaires*, II, § 209.

enseignaient que ce legs ne pouvait être qu'un avantage fait à l'un de plusieurs cohéritiers. Il n'opérait pas transfert de propriété, mais assurait au bénéficiaire le triomphe dans l'action *familiæ erciscundæ*. Les Proculiens, au contraire, permettaient de faire un legs *per præceptionem* même à un étranger et l'assimilaient à une libéralité faite *per vindicationem*. Un rescrit d'Adrien leur donna raison. Comment ne pas se perdre dans ce dédale de règles compliquées, rendues encore plus confuses par les controverses qu'elles soulevaient? S'avisait-on de léguer *per vindicationem* la chose d'autrui ou une chose dont on n'avait pas la propriété quiritaire, de léguer *sinendo modo* un bien qui au jour du décès n'appartenait pas à l'hérédité? Tous ces legs étaient nuls. Ainsi la moindre erreur dans le choix de la formule ou dans sa rédaction rendait inefficaces les dispositions testamentaires et cette rigueur s'explique d'autant moins qu'il est un principe reconnu par tous les peuples en vertu duquel les dernières volontés d'un défunt s'imposent au respect de tous et ne doivent pas être asservies à des règles de pure forme.

Poursuivant notre étude, nous arrivons à la matière des obligations et ici encore le formalisme n'a pas abdi-qué ses droits. Qu'il s'agisse de faire naître une obligation principale ou accessoire, que l'on veuille rompre le lien juridique qui unit deux personnes, le simple consentement est sans valeur et le législateur romain ne donne son appui qu'à ceux qui ont manifesté leur volonté dans les formes prescrites. A l'origine, ces formes ont été peu nombreuses et une opinion a même été jusqu'à prétendre que les Romains des premiers siècles n'ont connu qu'une

seule solennité susceptible d'engendrer une obligation. Cette opinion brillamment soutenue en Allemagne par de SAVIGNY (1) et en France par ORTOLAN (2) a fait du *nexum* la source originaire et unique des obligations, dont les autres ne seraient que des simplifications. Primitivement, disent ces auteurs, la même solennité servait à créer l'obligation du droit civil aussi bien qu'à transférer le domaine quiritaire. Elle se composait de deux parties : la pesée par l'airain et la balance et des paroles solennelles, ou *nuncupatio*, qui faisaient la loi des contractants. L'intervention de l'*æs et libra*, dans le domaine des obligations se justifie par cette idée qu'à l'origine le législateur ne sanctionnait que les créances nées d'une dation. Cette solennité servait à opérer le transfert de propriété et comme contre-partie celui qui en bénéficiait se trouvait obligé envers l'autre, soit à une restitution, soit au paiement d'une somme d'argent. Puis, après avoir été sérieuse au début, elle devint symbolique. On ne tarda pas à reconnaître l'inutilité de ces cérémonies et, le temps accomplissant son œuvre, elles disparurent des usages. Il n'en subsista que la formule de la *nuncupatio* et on arriva de la sorte au contrat de stipulation. Une seconde dérivation du *nexum* fit son apparition lorsque l'écriture se fut répandue et que l'usage imposa à tout citoyen la tenue régulière d'un *codex accepti et expensi*, registre où devaient figurer toutes les opérations de la vie domestique. L'inscription sur ce registre ne fournissait pas seu-

1. SAVIGNY. *System*, V, 538. *Vermischte Schriften*, II, 410.

2. ORTOLAN. *Explication historique des Institutes*, Tome II, 134.

lement une preuve au profit de celui qui l'invoquait mais constituait une véritable *causa civilis obligationis*. De là est né le contrat *litteris*. Enfin, ajoute-t-on, quatre contrats, la vente, le louage, la société et le mandat furent dégagés complètement de toute entrave matérielle et le seul consentement suffit à les réaliser. Le *nexum* primitif s'était ainsi dépouillé, avec les progrès de la civilisation, des cérémonies de l'*æs* et *libra* et des formules solennelles. Telle est, conclut Ortolan, la gradation que suivit en cette matière la marche du droit romain.

Ce système très ingénieux n'a cependant pas rallié tous les suffrages : il se heurte à des objections dont il ne tient aucun compte et qui détruisent son harmonie (1). Comment admettre tout d'abord, que la *sponsio* se soit débarrassée de l'*æs* et *libra*, à une époque où on conservait soigneusement cette formalité dans la mancipation ? Si, dans le principe, elle avait servi à donner force obligatoire à l'accord de volonté des contractants, on peut affirmer que l'esprit conservateur des Romains lui aurait assuré une plus longue destinée. De plus, la *nuncupatio* qui accompagne la solennité de l'*æs* et *libra* dans le *nexum* est si différente de la formule de la *sponsio* qu'on ne peut voir aucun rapport entre ces deux actes. Tandis que l'une ne comprend qu'une affirmation, l'autre exige que des paroles sacramentelles soient prononcées par le débiteur et par le créancier. Ces arguments accumulés contre le système d'Ortolan acquièrent plus de force

1. M. Cuq. *Les institutions juridiques des Romains*, page 392 et suiv.

encore par cette considération que la *sponsio* remonte à la plus haute antiquité romaine et qu'elle a longtemps coexisté avec le *nexum*. Elle était alors employée pour conclure un traité avec une cité étrangère, et à vrai dire, c'est la formule : « *pacem futuram spondes* (1) ? » dont le droit civil s'est emparé et qu'il introduisit en la modifiant dans la sphère des intérêts privés. Le contrat *verbis*, sous le nom de *sponsio*, avait fait son apparition. *Spondere*, c'est à proprement parler affirmer sa volonté dans une formule où doit trouver place le mot *spondeo*. A-t-il été omis dans la demande ou dans la réponse, la convention, quelque sérieuse et quelque licite soit-elle, sera réputée non avenue. Dans ces temps reculés on n'admettait qu'une seule formule : « *Spondesne centumdari? Spondeo* » ; mais le droit classique fit preuve de plus de souplesse, et on tint désormais pour équivalentes du mot *spondere* les expressions *dare*, *promittere*, *facere*, *fidepromittere*, *fidejubere*. Ce qu'il importe de signaler, c'est que le lien de droit qui unissait le débiteur et le créancier puisait toute sa force dans l'expression orale d'une formule consacrée : l'obligation se forme *verbis*.

Il vint un jour où l'écriture joua le rôle que seule la parole avait pu remplir jusqu'alors, quand les moyens graphiques se furent généralisés. Comme elle, elle donne naissance à un contrat et l'obligation se forme *litteris*, de même qu'elle se forme *verbis*.

Sur l'ordre du débiteur, le créancier inscrit sur son

1. GAIUS. *Commentaires*, III, § 92.

codex accepti et depensi la somme qu'il débourse et à elle seule, cette mention constitue la cause productrice de l'obligation. Cette importance reconnue au registre domestique étonne au premier abord ; mais quand on considère avec quel soin les mœurs plus que la loi en imposaient la tenue, cette première impression s'évanouit : au temps de Cicéron, alors que la corruption n'avait pas encore envahi la société romaine, il était rare, en effet, qu'un citoyen qui se respectait s'affranchît de l'obligation qui lui incombait de tenir régulièrement ses *Tabulæ* (1). Du reste, le créancier avait soin de s'assurer le concours de témoins ou bien exigeait que le débiteur fit de son côté mention de l'opération sur son *codex* ; mais cette inscription et l'intervention des *pararii* dont parle Sénèque (2) sont indifférentes à la perfection du contrat. Elles servent de moyens de preuve, tandis que la mention faite par le créancier est la cause réelle de l'obligation.

Dans les contrats qui se forment *re*, ce qui engendre l'obligation, c'est, dans le *mutuum*, la numération des espèces, dans le dépôt, le commodat et le gage, la remise matérielle de la chose. Cette tradition est une véritable solennité aussi nécessaire que le consentement des par-

1. CICÉRON. *In Verrem*, 2^e action, I, 23.

2. Sénèque dit, en effet, faisant allusion au peu de crédit accordé à la bonne foi et aux garanties qu'il fallait se ménager de son temps : « *Cogere fidem quam spectare malunt. Adhibentur ab utraque testes. Ille per tabulas, plurium nomina, interpositis parariis, facit : ille non est interrogatione contentus, nisi rem manu sua tenuit ?* » *De Beneficiis*, liv. III, § 15.

ties. Elle résulte, il est vrai, de la nature des choses puisqu'on ne doit rendre qu'autant qu'on a reçu et notre droit moderne n'a pas méconnu ce principe (1). Mais, à Rome, la *res* n'était pas seulement une des conditions de formation du contrat, elle avait toute la valeur d'une solennité civile indispensable à la perfection de l'acte. Le caractère artificiel et purement formaliste est sans doute moins apparent en cette matière que dans les contrats *verbis* et *litteris*, mais on parvient facilement à le découvrir. Et en effet, la dation limitait le domaine de la volonté, le débiteur ne pouvant s'engager à rendre plus que le créancier ne lui avait remis. S'agit-il d'un *mutuum*, par exemple ? L'emprunteur qui a reçu dix ne peut promettre que dix et un pacte adjoint qui porterait à douze la somme à restituer serait sans effet. Les parties veulent-elles faire courir les intérêts ? Elles doivent avoir recours à une stipulation qui crée une nouvelle obligation indépendante du *mutuum*.

Telles sont les seules sources d'obligations que le droit ancien a reconnues. Il les a entourées de formes précises et rigoureuses qui s'imposaient aux contractants et en dehors desquelles la volonté restait impuissante. Le formalisme ne s'en est pas tenu là : s'il a régné en maître sur les modes de créer une obligation, il n'a pas exercé une action moins sensible sur les modes de se libérer. A l'époque où le *nexum* était usité pour faire naître un droit de créance, la solennité de l'*aes et libra* était également employée quand il s'agissait d'acquitter sa dette

1. Code civil, articles 1875, 1919, 2071.

sinon le paiement était censé n'avoir pas été fait. Une formule sacramentelle (1), la présence de témoins, l'intervention du *libripens*, l'emploi de la balance et de l'airain ce sont les divers éléments qui constituent l'acte *per aes et libram* et que nous retrouvons ici. Un tel déploiement de solennités ne doit pas surprendre ; il n'était que la conséquence de ce principe que partout où un acte solennel était nécessaire pour donner effet à la volonté de l'homme, la révocation de cet acte impliquait régulièrement l'usage de semblables solennités (2). C'est par application de ce même principe qu'une obligation contractée *verbis* s'éteignait par voie d'acceptilation et une obligation littérale à l'aide de nouvelles écritures. Dans le premier cas, une nouvelle stipulation était nécessaire ; mais les rôles étaient renversés ; il appartenait au débiteur d'interroger le créancier tandis que celui-ci n'avait plus qu'à répondre. L'acceptation a d'ailleurs suivi la même évolution que le contrat *verbis*.

Dans les premiers siècles une seule formule était admise

1. Gaius nous a conservé la formule par laquelle le débiteur se libérait de sa dette. Elle était ainsi conçue : « *Quod ego tibi tot milibus eo nomine... solvo liberoque hoc ære æneaque libra ; hanc tibi libram primam postreman...* » Commentaires, III, § 174.

2. A ce sujet, Pomponius s'exprime en ces termes : « *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet : ut, cum re contraxerimus, re solvi debet ; veluti, cum mutuum dedimus, ut retro pecuniæ tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat : verbis, veluti cum acceptum promissori sit ; re, veluti cum solvit, quod promisit.* » Loi 80, Digeste, Livre XLVI, Titre III.

qui devait être la suivante : « *Quod ego tibi spopondi, acceptumne habes ? Habeo* ». Gaius, il est vrai, remplace le mot *spopondi* par le verbe *promisi*, mais il est à présumer que l'auteur des *Commentaires* donne la formule la plus généralement employée de son temps alors qu'à l'origine l'expression *spopondi* était exclusive de tout autre (1). Quoi qu'il en soit, la volonté de se libérer était soumise à des formes déterminées, plus rigoureuses encore que celles de la stipulation, puisque le débiteur était tenu de reproduire dans sa demande les termes mêmes dont s'était servi le créancier pour faire naître l'obligation. Celui-ci a-t-il stipulé : « *Centumne dari spondes ?* » Le débiteur qui veut s'acquitter valablement doit interroger de cette manière : « *Quod ego tibi spopondi, acceptumne habes ?* » L'emploi du verbe *promisi* serait de nature à vicier le paiement. N'était-ce pas là faire preuve d'un formalisme puéril et dont on n'aperçoit pas la raison d'être ? En outre, l'acceptilation ne pouvait éteindre que les obligations nées du contrat de stipulation. Sa sphère d'application se trouvait ainsi trop limitée ; elle fut élargie par les Prudents qui, guidés par les besoins de la pratique, permirent au moyen de la novation de transformer une obligation quelconque en une obligation verbale. Mais ce ne fut pas sans subir le joug du formalisme que ce résultat put être acquis. La volonté de nover devait, pour produire ses effets, être exprimée dans une formule spéciale et de rigueur, qui toujours mais qui seule était censée la révéler. Certains textes du Digeste et les *Commentaires* de

1. Gaius, *Commentaires*, III, § 169.

Gaius ont aidé les romanistes modernes à la reconstituer de la manière suivante : « *Quod ex illa causa tu mihi debes, id spondesne? Spondeo* » (1). On pourrait objecter que cette formule ne se rencontre pas dans les ouvrages des jurisconsultes et qu'aucun auteur de l'époque classique ne soumet la novation à une formule légale ; mais rien ne nous autorise à croire que cette institution ait été soustraite aux règles générales qui subordonnaient l'expression de la volonté à des formules obligatoires. Cette opinion est d'ailleurs confirmée par une constitution de Justinien qui laisse entendre que dorénavant la volonté de nover pourra résulter de la seule intention des parties et non pas de paroles sacramentelles. Elle est ainsi conçue : « *Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum: et si non verbis exprimatur ut sine novatione... causa procedat, hoc enim naturalibus inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire* » (2). Et même le formalisme avait ici un tel empire que l'emploi de la formule sans intention de nover opérerait novation et qu'en dehors d'elle la volonté la plus clairement exprimée serait restée inefficace (3).

1. Voici les diverses expressions que nous avons relevées : « *Decem quæ mihi Titius debet...* » Ulpien, loi 8, § 4, Digeste, livre XLVI, titre II. « *Quidquid vendito dare facere oportet...* » Papinien, loi 27, eodem loco. « *Quod te aut Seium dare oportet...* » Paul, loi 32, eodem loco. « *Quod tu mihi debeas...* » Gaius, *Commentaires*, III, § 176.

2. Loi 8, Code, livre VIII, titre XLII.

3. M. ACCARIAS. *Précis de droit Romain*, tome II, p. 703.

SECTION III

Le formalisme dans le droit des actions.

Si nous nous plaçons à l'époque la plus reculée de la civilisation romaine, nous voyons la victime d'un délit se faire justice à elle-même, sans avoir recours à l'autorité publique encore mal établie et dépourvue de moyens d'action. De même, quand une contestation s'élevait entre deux citoyens ils vidaient leur querelle en champ clos, de telle sorte que souvent le bon droit était livré sans défense à la force brutale. « Le jugement et la guerre », dit MICHELET, « ont mêmes formes dans les sociétés barbares. Coupable, insolvable, vaincu, serf, ces mots sont presque synonymes, au moins pour les effets juridiques » (1). Les progrès incessants des mœurs mirent fin à cet état de choses ; les corps à corps meurtriers firent place aux débats en justice. « Désormais », pour emprunter à nouveau le langage de M. CUQ, « le droit à la vengeance privée est soumis à certaines restrictions : il est subordonné à l'accomplissement de certaines solennités. Le moins que l'on exige, c'est l'affirmation préalable du droit que l'on veut exercer. Avant de se faire justice, on doit prononcer les formules consacrées » (2). Et on ne sait imaginer des formes assez solennelles ! La procédure n'est qu'une succession de cérémonies compliquées et de

1. MICHELET. *Origines du droit français*. Introduction, page XLV.

2. M. CUQ. *Les Institutions juridiques des Romains*, page 406.

scènes symboliques qui se déroulent gravement suivant un ordre rigoureux. On croirait assister à une épopée en action dont les plaideurs seraient les héros et à laquelle la cité toute entière semble s'intéresser. Essayons d'en faire revivre les traits principaux.

Pendant de longs siècles et jusqu'à la divulgation des archives pontificales, la procédure fut un mystère dont les Pontifes s'étaient réservé la connaissance. Il leur appartenait de désigner le jour où une action pourrait être valablement introduite et de délivrer aux plaideurs la formule sacramentelle sans laquelle ils ne pouvaient agir en justice (1). Le demandeur, après avoir obtenu la formule appropriée à sa revendication, appelle son adversaire devant le magistrat et souvent il est obligé de le traîner au tribunal. « Appelle-le en justice », dit la loi des XII Tables. « S'il n'y va, prends des témoins, contrains-le. S'il diffère et veut lever le pied, mets la main sur lui. Si l'âge ou la maladie l'empêche de comparaître fournis un cheval, mais point de litière » (2). Les voilà tous deux en présence du magistrat. Le demandeur, armé d'une lance, symbole de la propriété, étend la main sur l'objet litigieux et accompagne ce geste expressif d'une déclaration solennelle : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicut dixi : ecce tibi vindictam imposui* » (3). De son

1. Le jurisconsulte Pomponius ne s'est pas servi d'une formule trop large quand il a dit : « *Omnium legum et interpretandi scientia et actiones apud collegium Pontificum erant.* »

2. Loi des XII Tables, I, § § 1, 2, 3.

3. GAIUS, *Commentaires*, IV, § 16.

côté, le défendeur ne reste pas inactif : il affirme à son tour son droit de propriété et fait le simulacre de s'emparer de la chose. Celle-ci devait donc être apportée au tribunal. Rien de plus facile quand il s'agissait de la revendication d'un meuble, mais pour un fonds de terre le prêteur et les deux parties devaient se rendre sur les lieux. Ce transport était une formalité gênante ; aussi on s'en dispensa et on se contenta de faire quelques pas dans le prétoire ou d'apporter une tuile ou une motte de terre, destinée à figurer la maison ou le champ en litige. Une lutte allait s'engager entre les deux plaideurs ; mais elle n'avait plus qu'une signification symbolique, rappelant le combat réel qui avait lieu dans la pratique primitive : elle n'en était que la pantomime. Tout se passe en paroles et en gestes platoniques. Au défi porté par le demandeur : « *Inde ibi ego te ex jure manum consertum voco* », le défendeur répondait : « *Unde tu me ex jure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco* » et ils faisaient mine de se battre. C'est alors que le prêteur intervient et met fin à la lutte simulée en leur disant : « *mittite ambo hominem* ». Puis ils se provoquaient mutuellement à consigner une certaine somme d'argent entre les mains des Pontifes. C'était le *Sacramentum*, sorte d'enjeu que le gagnant seul avait le droit de retirer. Ici encore, une formule sacramentelle s'imposait aux parties. « *Quando tu injuria vindicasti* », disait le demandeur, « *Dæris sacramento te provoco* » (1) et le défendeur répliquait par une formule équivalente. Ils se donnaient ensuite rendez-vous

1. GAIUS, *Commentaires*, IV. § 16.

devant le magistrat, qui, trente jours après l'accomplissement de ces nombreuses formalités, leur indiquait un juge ou ratifiait le choix qu'ils avaient fait eux-mêmes.

Ce rapide exposé de la procédure ancienne permet de constater une fois de plus la large part que la législation romaine a faite au formalisme. Formules, actes solennels et symboliques se rencontrent avec une profusion remarquable et présentent un ensemble harmonieux, mais qui n'est pas exempt de quelque puérilité. N'est-il pas à regretter, par exemple, qu'une erreur insignifiante dans la rédaction d'une formule ou l'omission d'une cérémonie compromette sans retour des intérêts considérables et quelquefois sacrés ? C'était, en effet, une règle absolue, applicable en matière réelle comme en matière personnelle et qui ne souffrait d'autres exceptions que celles tolérées par les Pontifes, qu'on ne pouvait recommencer deux fois les *Legis actiones* pour une même affaire : « *Bis de eadem re ne sit actio* ». Cette règle rigoureuse échappe à l'analyse si on ne la considère pas comme la conséquence d'un formalisme suranné. Une seule question était à résoudre : les solennités de la *Legis actio* ont-elles été accomplies ? Peu importe qu'une décision judiciaire soit intervenue et ait mis fin au procès ! C'était là le fruit d'une conception grossière et matérialiste que de s'attacher à un signe extérieur, l'accomplissement des solennités légales, pour dénier à un plaideur le droit de recommencer une procédure qui n'avait pas reçu de solution. Le droit ancien, en édictant de semblables prescriptions, n'a pas pris garde qu'il subordonnait de la

sorte à une règle de pure forme une question de fond autrement importante.

Ce qui frappe surtout dans cette procédure, c'est, dit M. CUQ, « la concordance parfaite des solennités que doivent accomplir les deux parties. Elle rend manifeste le consentement réciproque des adversaires à faire statuer sur la légitimité de leurs prétentions respectives (1) ». De cette manière, toute incertitude devait cesser et pour laisser le moins de prise possible au doute, on avait soin de s'assurer le témoignage des personnes présentes. Il semble que le législateur ait obligé les deux plaideurs à se servir des mêmes expressions et à accomplir les mêmes formalités de crainte que leur volonté ne s'égarât et ne concourût pas au même but.

Cette complexité de formes, cette surabondance de solennités qui constituaient autant de perfides embûches, étaient bien de nature à décourager les plaideurs et donnaient une prime à la mauvaise foi. La pratique devait s'ingénier à tourner la loi et, en ce qui concerne les actions personnelles qui avaient pour objet une quantité de choses indéterminées, une coutume antique permit de procéder, plus simplement, par voie de *judicis postulatio* (2). Une demande de juge adressée au magistrat rendait inutiles l'affirmation solennelle du droit invoqué, la provocation réciproque au *Sacramentum*, le combat simulé. Néanmoins il était nécessaire de s'exprimer en

1. M. CUQ. *Les Institutions juridiques des Romains*, page 411.

2. CICÉRON. *De Officiis*, Livre III, 10.

des termes sacramentels ainsi rapportés par Valerius Probus : « *arbitrum judicemve postulo uti des* ». Peut-être même d'autres formalités étaient-elles exigées, mais sur ce point les textes font complètement défaut et ne fournissent aucune donnée précise.

Le même besoin de simplification a fait naître la *condictio* restreinte d'abord par la loi Silia, qui l'avait introduite, aux obligations *certæ pecuniæ* et étendue dans la suite par la loi Calpurnia à toutes les obligations *certæ rei*. Elle consistait en une déclaration solennelle, dont les termes ne sont pas parvenus jusqu'à nous et par laquelle le demandeur invitait son adversaire à se présenter devant le magistrat, au bout de trente jours, pour le choix d'un juge. Cette simplification des formes de la procédure fut la conséquence toute naturelle de la divulgation des archives pontificales : les Patriciens n'avaient plus aucun intérêt à conserver des solennités que tout le monde connaissait et ils consentirent à leur abolition.

Les dispositions de la loi des XII Tables relatives aux voies d'exécution montrent bien que le but du législateur a été de subordonner le droit de vengeance à l'emploi de certaines formes et non pas d'y mettre obstacle ; aussi M. GIRARD a-t-il pu dire très judicieusement que la justice d'alors était une justice sans procès mais avec des formes. Ces formes consistent en des gestes et en des paroles sacramentelles et ce sont les gestes et les paroles d'un homme qui se venge sur son débiteur (1). Ainsi les

1. M. GIRARD. *Cours sur la Procédure romaine professé à la Faculté de droit de Paris* en 1892-1893.

solennités de la *manus injectio* ont pour objet de détourner le cours de la vengeance privée, de le suspendre et quelquefois de l'arrêter, s'il se trouve un citoyen qui se charge de payer le montant de la dette ou de défendre au procès. Afin d'intéresser les amis du débiteur au sort de ce dernier, le créancier doit le conduire sur la place publique à trois jours de marché consécutifs et là il déclare à haute voix en présence du magistrat le montant de la condamnation. Si l'*abductus* ne trouve pas de vindex (1) le créancier l'amène devant le prêteur et prononce ces paroles solennelles : « *Quod tu mihi judicatus sive damnatus es sestertium X millia, quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X millium judicati manus injicio* » (2). Et maintenant que toutes les formalités légales ont été accomplies, le droit à la vengeance va pouvoir s'exercer librement. Que le créancier emmène son débiteur chez lui, dit la loi des XII Tables ; qu'il l'enchaîne, ou par des courroies ou par des fers aux pieds pesant au plus quinze livres (3). Préfère-t-il le tuer ou le vendre comme esclave au-delà du Tibre ? Il le peut. Y a-t-il plusieurs créanciers ? Chacun d'eux a le droit de satisfaire sa vengeance ; le corps du malheureux débiteur est leur bien ; qu'ils se le partagent par morceaux, et

1. Celui qui assume le rôle de Vindex doit remplir certaines conditions. Ainsi le débiteur est-il une personne riche ? Est-il classé parmi les « *assidui* » ? Le vindex doit lui-même appartenir à cette classe. S'agit-il, au contraire, d'un prolétaire, il est inutile que le vindex soit *assiduus*.

2. GAIUS. *Commentaires*, IV, § 24.

3. Loi des XII Tables. III, §§ 3 et 6.

ajoute la loi pour étouffer les contestations, s'ils en courent des parts plus ou moins grandes, qu'il n'y ait pas de mal : « *si plus minusve secuerint, ne fraude esto* » (1). Les choses ne se passaient pas autrement lorsque le droit de se faire justice à soi-même n'était pas réglementé ; seulement, à cette époque, il n'était asservi à aucun contrôle de l'autorité, à aucune procédure, tandis que la législation décenvirale l'avait subordonné à l'accomplissement de nombreuses formalités.

Telles sont les actions de la loi, qui furent ainsi nommées, dit Gaius, soit parce qu'elles ont été une création de la loi et non du prêteur, soit parce qu'elles ont été dressées selon les termes de la loi et soumises rigoureusement à ces termes (2). A cette procédure encombrée de formules et de symboles, rendue impopulaire par ses côtés mystérieux, devenue odieuse par cette raison que la moindre erreur dans la forme entraînait l'échec de celui qui l'avait commise, se substitua peu à peu une procédure nouvelle dégagée de ces entraves, si nuisibles à l'administration d'une bonne justice. Les paroles sacramentelles que les parties devaient se garder d'altérer (3),

1. Loi des XII Tables III, §§ 3 et 6.

2. GAIUS, *Commentaires*, IV, § 11 : « *Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditæ erant, quia tunc edicta prætoris, quibus complures actiones introductæ sunt, nondum in usu habebantur; vel ideo quia ipsarum legum verbis accomodatæ erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur* ».

3. Ainsi nous avons déjà rapporté qu'un plaideur avait succombé pour avoir substitué le mot *vites* au mot *arbores*, Gaius IV; § 11.

ont disparu avec les cérémonies souvent bizarres que la poésie des premiers âges avait introduites et qu'un long usage avait consacrées. Il ne faudrait pas croire cependant que la loi *Æbutia* et les deux lois *Juliae* qui ont porté un si rude coup au formalisme juridique l'aient à jamais banni de la procédure. Loin de là ! Seulement il s'est déplacé et avec l'orientation nouvelle qui lui a été donnée, il est devenu moins rigoureux (1). Désormais il a sa place marquée dans la formule délivrée par le magistrat qui indique au juge la marche à suivre, les points sur lesquels doit se porter son attention, l'objet précis du litige et lui confère, sous certaines conditions, le droit de condamner ou d'absoudre. La formule, qui a donné son nom à la procédure formulaire, a par elle-même un cadre souple et élastique. « Toutes les nuances du droit », dit un auteur, « viennent se réfléchir dans son contexte, tous les incidents de procédure, toutes les réclamations soulevées par les plaideurs, se rangent méthodiquement dans des cases disposées pour les recevoir (2) ». Mais si les parties ne sont pas tenues de se servir de termes sacramentels pour éclairer le magistrat, si elles peuvent s'exprimer en toute liberté, le même droit n'appartient pas au prêteur qui doit se conformer aux expressions de la loi et approprier une situation particulière à des formules toutes faites. Tel est le sens qu'il faut attacher au passage suivant de Gaius : « *Itaque per legem Æbutiam et duas*

1. M. GIRARD, à son cours.

2. M. CAUVIÈRE. *Gazette des Tribunaux*, n. du 15 janvier 1895.

Julias sublatae sunt istae legis actiones; effectumque est ut per concepta verba, id est, per formulas, litigaremus (1) ». Et l'on peut remarquer que souvent ces paroles solennelles, auxquelles l'auteur des *Commentaires* fait allusion, ne sont que la reproduction de celles qui étaient prononcées par les parties dans l'action de la loi. « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio* », disait, par exemple, le demandeur dans le *sacramentum*, en imposant la lance sur l'homme qu'il réclamait. « *Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse* », dit le prêteur dans la formule de l'action réelle (2). « Ce sont », dit ORTOLAN, « les mêmes idées matérialisées dans l'action de la loi, spiritualisées dans la formule du prêteur (3) ». Cette formule dont la rédaction et le nombre des parties qui la composaient variaient suivant la nature de l'action était, à vrai dire, comme un moule dans lequel les droits les plus divers venaient prendre une forme avant d'être soumis à l'appréciation du juge. Insrites sur l'album, exposées au public, les formules sont en quelque sorte des modèles, des types généraux qui s'imposent à tout plaideur, mais dont les éléments et les termes particuliers en sont débattus entre les parties. Celles-ci se sont-elles mises d'accord? Le magistrat délivre au demandeur la formule et à ce moment le droit des deux adversaires est définitivement fixé. Il n'est plus en leur pouvoir de le modifier. Peu importe qu'une erreur

1. GAIUS. *Commentaires*, IV, § 30.

2. GAIUS. *Commentaires*, IV, § 41.

3. ORTOLAN. *Histoire de la législation romaine*, T. I, p. 243.

ait été commise (1); peu importe que le défendeur ait donné pleine satisfaction au demandeur entre le jour de la *litis contestatio* et celui du jugement (2). Le juge a été désigné, il doit statuer, en se conformant à la formule, sans qu'il puisse tenir compte des changements qui ont pu se produire dans la situation respective des plaideurs. Voilà pourquoi il ne peut rectifier les inexactitudes qui se sont glissées dans la rédaction de la formule, même sur la demande des parties, et qu'il ne doit pas examiner les exceptions qui n'y sont point insérées. Sinon il excède ses pouvoirs et fait le procès sien (3). La formule est impérative pour le juge et dût-il commettre une injustice et violer la loi et le sens commun, il doit avant tout en respecter les termes. Ces conséquences n'ont pas échappé aux Romains eux-mêmes. Cicéron, dans sa fougueuse harangue contre Cécilius, raconte qu'une affranchie d'une grande richesse, nommée Agonis, possédait des esclaves que le questeur de Verrès voulait s'approprier. Convaincue que la cupidité de Cécilius s'arrêterait devant un scrupule religieux, elle lui objecta qu'elle-même et tous

1. Ce n'est que dans des cas très rares que le préteur consent à rectifier une inexactitude qui s'est glissée dans la formule ou à réparer une omission. Il faut alors avoir recours à la procédure extraordinaire de la *causæ cognitio*.

2. Il est juste de remarquer que l'École Sabinienne, plus soucieuse de respecter le bon sens que la stricte logique, professait l'opinion contraire. Du reste la doctrine proculienne n'aboutissait pas à une injustice, car elle permettait au défendeur soit d'exécuter la condamnation et de répéter la satisfaction fournie, soit de repousser l'action *Judicati* par une exception de dol.

3. M. ACCARIAS. *Précis de droit Romain*, T. II, p. 904.

ses biens avaient été consacrés à Vénus. Abusant de cette déclaration, Cécilius nomme aussitôt des récupérateurs et leur pose cette question : « *An paret Agonidem se et sua Veneris esse dixisse* ». Les récupérateurs, liés par les termes de la formule, ne peuvent que donner une réponse affirmative, sur le fondement de laquelle l'indigne questeur fait rentrer Agonis en servitude et s'empare de tous ses biens (1). Le grand orateur suppose, en outre, une formule de revendication, qui intime au juge l'ordre de condamner le défendeur qui refuse de restituer une chose sur laquelle il prouve son droit de propriété. Le juge, esclave de la formule, ne peut faire autrement que de condamner, alors que le bon sens proteste contre une telle sentence (2). Ces faits, il faut bien le reconnaître, étaient rares chez un peuple où le plus souvent le magistrat avait la conscience et l'intelligence de ses devoirs, mais ils montrent bien toutes les conséquences que le formalisme pouvait entraîner. Ainsi il imposait au juge une obéissance passive qui devait l'emporter sur le respect de la loi !

1. CICÉRON, *In Cecilium*, 17.

2. CICÉRON, *In Verrem*, II^e Action, 12.

APPENDICE

Dans les pages qui précèdent nous avons passé en revue les principales institutions de l'ancienne Rome et nous nous sommes efforcé de mettre en lumière le caractère formaliste dont elles sont empreintes et qui s'accuse dans les actes juridiques les plus divers. Il ne faudrait pas croire cependant, malgré la place prépondérante qu'occupent dans le droit romain primitif les formules, les solennités et les symboles, que des actes dépourvus de tout signe extérieur nécessaire à leur perfection n'aient pas réussi à s'implanter dans le domaine juridique. Nous devons reconnaître, au contraire, que, dès les temps les plus reculés, certains actes nés des besoins de la vie sociale et que la pratique des affaires avait introduits ont échappé à l'influence du formalisme. Faut-il s'en étonner ? Sans doute les actes auxquels nous faisons allusion constituent autant d'exceptions au principe en vertu duquel la volonté pour être efficace devait être entourée de formes solennelles ; mais ces exceptions étaient dans la nature des choses. Des auteurs, il est vrai, les expliquent tout autrement ; ils les regardent comme le produit d'une conception relativement nouvelle qui aurait vaincu la rigidité du vieux droit quiritaire et dont l'introduction serait due à l'influence de la civilisa-

tion grecque. Grâce au développement des relations commerciales des Romains avec les Grecs, poursuivent ces auteurs, les règles rigoureuses qui présidaient aux rapports des citoyens entre eux se seraient adoucies et auraient fait place à des règles basées sur l'équité naturelle (1). Il est incontestable que les rapports du peuple romain avec les autres peuples de l'antiquité ont été une des causes principales de la disparition du formalisme; mais il ne s'ensuit nullement que la vente, le louage, le mandat et la société n'aient été en usage à Rome que du jour où le *jus gentium* s'est développé à côté du *jus civile*. Nous sommes ici en présence d'actes qui répondent à des nécessités sociales et dont les hommes vivant en société ne sauraient se passer. « Comment soutenir », dit avec juste raison M. CUQ, « que ces actes soient nés des relations commerciales des Romains avec les Grecs, et que les Romains aient vécu pendant six siècles dans cette alternative ou de se passer de ces actes, ou de les revêtir de solennités peu compatibles avec leur importance ou avec leur nature? » On pourrait peut-être objecter que les contrats que nous avons énumérés et qui se formaient *solo consensu* n'ont pas reçu tout d'abord la consécration de la loi et que les préceptes qui les gouvernaient ne sont devenus que plus tard des règles de droit. Cela est vrai; mais si le législateur n'a pas cru devoir

1. PUCHTA. *Inst.* I, § 54. ARNOLD. *Cultur und Recht der Römer*, 279. GIDE: *Condition privée de la femme*, 123. SUMMERMAINE. *L'Ancien droit*, 47.

2. M. CUQ, *loc. cit.*, page 490.

sanctionner ces préceptes, c'est que le besoin ne s'en était pas encore fait sentir. A cette époque de civilisation commençante, les affaires avaient peu d'extension : tout se passait alors entre voisins et chacun connaissait celui qui allait prendre un engagement envers lui. La sanction de la loi était d'ailleurs d'autant moins nécessaire qu'une confiance réciproque resserrait les liens entre les citoyens d'un même quartier. Il ne serait venu à l'esprit de personne de manquer à la parole donnée, la probité la plus scrupuleuse veillait mieux que toute disposition légale au respect de la foi promise que la valeur morale des premiers Romains mettait à l'abri de ces défaillances si communes de nos jours.

CHAPITRE III

EVOLUTION DU FORMALISME DANS LES PÉRIODES SUCCESSIVES DU DROIT ROMAIN. — DE SES CAUSES. — RÉSULTAT DE CETTE ÉVOLUTION DANS LE DROIT DE JUSTINIEN.

A en croire MONTESQUIEU : « Il serait assez difficile de décider si la forme s'est rendue plus pernicieuse lorsqu'elle est entrée dans la jurisprudence ou lorsqu'elle s'est logée dans la médecine, si elle a fait plus de ravages sous la robe d'un jurisconsulte que sous le large chapeau d'un médecin, et si dans l'une, elle a ruiné plus de gens qu'elle n'en a tué dans l'autre (1). » On ne peut se moquer avec plus d'esprit du formalisme judiciaire ; mais cette boutade du spirituel auteur des *Lettres Persanes* est loin d'avoir la valeur d'une vérité historique et ne saurait être acceptée sans réserves. Sans doute le formalisme a ses exigences, il a quelque chose de factice et d'arbitraire, mais il n'arrête pas pour cela la vie juridique et ne sème pas tant de ruines ! Si Montesquieu avait eu à apprécier la législation des Romains en même temps que leurs institutions politiques, il aurait porté à son égard un jugement moins rigoureux. Ces formes dédaignées qui appellent le sourire sur les lèvres des moralistes, présentaient de sérieux avantages pour les-

1. MONTESQUIEU. *Lettres Persanes*, 61.

quels l'antiquité romaine a dû les conserver longtemps. « La gravité de la formule », suivant l'heureuse expression de MICHELET, « la muette terreur du symbole imprimaient la loi dans la mémoire. C'était comme les clous d'airain que le magistrat romain enfonçait chaque année dans le mur du Capitole (1) ». Les progrès, s'ils étaient ralentis par les entraves du formalisme, suivaient néanmoins une marche régulière mais aussi plus sûre. Le droit s'acheminait avec lenteur et gravité vers la perfection et après de longs siècles d'efforts il a atteint son but. Désormais affranchi d'un rigoureux asservissement, il a conquis la première place, méritant ce beau nom de « raison écrite » que les romanistes modernes se plaisent à lui décerner.

La lutte que les Romains ont engagée contre leur système formaliste n'a pas laissé que d'être longue et difficile. Cela tient au respect qu'ils eurent toujours pour leurs coutumes d'autrefois, tout en essayant par d'ingénieux détours d'en paralyser les rigueurs devenues inutiles, respect que le vieux poète Ennius avait caractérisé par ce vers bien connu :

« *Moribus antiquis res stat romana virisque* (2). »

La perpétuité des traditions était chère à ce peuple qui honorait d'un culte pieux ses anciennes institutions et ne les délaissait qu'à regret, il les respectait comme on respecte « un bois sacré où s'élèvent de grands chênes vénè-

1. MICHELET. *Origines du droit français*. Introduction, page CXXIII.

2. ENNIUS : *Annales*.

rables par leur vieillesse et qu'on adore par l'effet d'un sentiment religieux bien plus qu'on ne les admire par leur beauté (1). »

D'un autre côté, les obstacles, que les formes du pouvoir législatif mettaient à une révision successive, fournissent peut-être la meilleure explication du formalisme que l'on rencontre dans les lois romaines même à l'époque où elles atteignent cette supériorité de raison et de méthode, qui lui a valu une influence si grande sur les législations modernes (2). Le peuple tout entier concourait à la confection des lois. Il fallait donc, pour qu'une réforme pût être accomplie, convoquer les comices, leur exposer le projet de loi et les motifs qui en justifiaient l'opportunité, enfin obtenir un vote favorable de l'Assemblée. Toutes ces difficultés, que soulevait la mise en mouvement de l'appareil législatif, se trouvaient encore augmentées par l'état de guerre perpétuelle qui a marqué les premiers siècles de la Rome antique et qui mettait obstacle à la convocation régulière des Comices. Dans ces conditions, le législateur n'était pas à même de mettre en harmonie les institutions juridiques avec les besoins nouveaux incessamment renouvelés par le progrès des idées et des mœurs.

Ce rôle qu'il ne pouvait remplir échut au préteur et aux jurisconsultes. On ne saurait contester qu'ils

1. C'est en ces termes que Quintilien parle des ouvrages des anciens auteurs et son heureuse comparaison mérite d'être transportée du domaine littéraire dans le domaine juridique. Quintilien : *De institutione oratoria*, Livre X.

2. *Compte-rendu de l'Académie de Toulouse*, 1861, page 144.

surent mener à bien la tâche qu'ils avaient assumée. Mais quelle que fût leur science du droit, il n'était pas en leur pouvoir de créer de toutes pièces un acte juridique ni de procéder à des réformes d'ensemble. Les Prudents n'ont jamais été investis de l'autorité législative, ils puisaient seulement dans le droit qui leur appartenait d'interpréter les textes, un moyen efficace d'étendre l'application des lois; mais combien leur œuvre a été fertile et féconde! Si le formalisme s'opposait à ce que la lettre de la loi fût violée, il n'empêchait pas qu'elle fût appliquée même à des actes auxquels le législateur n'avait pas songé et le jurisconsulte romain ne se fit pas faute d'user de ce procédé. « Il faut voir comme il se tourmente et tourmente la langue, comme il ruse avec le vieux texte, comme il arrache de l'impitoyable airain des pensées de douceur et d'équité qui n'y furent jamais (1). » Un exemple rapporté par Montesquieu, dans son *Esprit des Loix* (2), suffira à nous en convaincre. La loi Vociennienne disposait que tout citoyen inscrit sur les registres du cens et d'une fortune supérieure à cent mille as ne pourrait plus désormais instituer une femme pour héritier. Cette loi, qui avait pour but d'empêcher les femmes d'acquérir trop de puissance (3), était faite pour régler les richesses et non pas la pauvreté; aussi, nous dit CICÉ-

1. MICHELET. *Origines du droit français*. Introduction, page CXIII.

2. MONTESQUIEU. *Esprit des lois*. Livre XXVII, Chapitre unique. Edition Firmin-Didot MDCCCLVII, page 436.

3. AULU-GELLE: *Nuits Attiques*. XX, 1. QUINTILIEN, *Déclamations*, 264.

RON (1), elle ne statuait que sur ceux qui étaient inscrits sur les registres du *cens*. Ceci fournit un prétexte pour éluder ses dispositions. Afin de pouvoir tester en faveur de leurs filles, il y eut des pères qui négligèrent de se faire inscrire et les prêteurs jugèrent que la loi *Voconia* ne leur était pas applicable. C'était aller contre l'esprit de la loi, mais, suivant l'interprétation romaine, ce n'était pas la violer, puisqu'on n'en violait pas la lettre. Le législateur avait-il laissé de côté un cas particulier ? Les Prudents s'efforçaient de lui appliquer une règle générale et de l'assimiler à une institution déjà établie. Là se bornait leur pouvoir. Ils devaient respecter les formes séculaires des actes juridiques et les faire servir aux actes nouveaux qu'ils introduisaient dans la législation. Ainsi, lorsqu'ils utilisèrent la mancipation à l'extinction de la puissance paternelle ou l'action *Sacramenti* à la cession de la tutelle, à la constitution d'une servitude et au transfert de la propriété, ils durent subordonner la validité de ces actes dénaturés à l'accomplissement des mêmes formalités que celles usitées dans les actes réels. Ce procédé, bien loin de nuire au formalisme, lui fournissait un nouvel aliment et retardait sa disparition.

Un motif d'ordre politique vint encore servir la cause du formalisme. Pendant longtemps la science du droit fut le monopole exclusif des Patriciens et des Pontifes, qui se réservaient avec un soin jaloux la connaissance des principes juridiques, des formules et des solennités re-

1. C'est ce que nous laisse entendre Cicéron, lorsqu'il dit que cette loi ne s'appliquait qu'à celui « *qui census esset* ». *In Verrem*, II.

quises. Il en résultait pour les plèbéiens, l'obligation de s'adresser aux patriciens s'ils voulaient plaider ou accomplir un acte juridique, et ceux-ci en profitaient pour les maintenir dans un état de dépendance absolue. Ils se refusaient à divulguer leurs secrets. « A l'occasion », dit M. GLASSON, dans sa remarquable *Etude sur Gaius*, « ils aidaient les clients de leurs conseils et c'est de cette pratique que sont venus les noms de patron et de client, qu'on emploie encore aujourd'hui pour désigner l'avocat et le plaideur, mais ces patriciens se gardaient bien d'initier leurs clients aux secrets et aux mystères de leur science (1) ». Il était aussi de leur intérêt de conserver intactes ces formes compliquées et ces cérémonies si diverses qui rendaient nécessaire leur intervention. Le peuple, si on s'était avisé de simplifier les formes des actes juridiques et de supprimer les formules sacramentelles, aurait pu se passer d'un concours qui lui était indispensable, mais qui était le prix de sa soumission. Il était d'autant plus facile aux patriciens de ne pas perdre ce gage de leur influence que le droit avait un caractère religieux et sacré de nature à faire impression sur l'esprit superstitieux de la plèbe et qu'il appartenait au Collège des Pontifes de déterminer les solennités des actes. A cet égard, les Pontifes dont les intérêts étaient intimement liés à ceux des patriciens, édictaient des règlements qui avaient force de loi (2) et étaient immuables. C'était pour eux un

1. M. GLASSON. *Etude sur Gaius*, § 4, n. 12, pages 40 et 41.

2. C'est ce qui explique que les formes de la *mancipatio*, de l'*in jure cessio*, de l'adoption et de l'émancipation aient subsisté jusqu'à Justinien.

moyen efficace de ne pas laisser disparaître le caractère mystérieux du droit et de maintenir dans les usages des formalités le plus souvent arbitraires, mais dont ils avaient intérêt à assurer la perpétuité.

Si ces puissantes raisons ont permis au formalisme de fournir une longue carrière, il en est d'autres, plus nombreuses encore, qui devaient limiter son action. Durant de longs siècles il a régné en maître ; son domaine était le domaine du droit tout entier ; puis, peu à peu, sous l'empire de diverses causes qu'il nous faut passer en revue, la législation s'est dégagée de son étreinte. Ses forces se sont brisées devant les efforts d'une logique impitoyable qui tendait à affranchir l'idée de la tyrannie des formes, en faisant une place de plus en plus modeste aux gestes, aux symboles, aux solennités et aux formules. « Rome » dit MICHELET, « plaçant sa religion principalement dans le droit, poursuivait de son côté cette grande guerre contre la nature. Elle accomplissait, avec une gravité pontificale, l'immolation progressive des symboles. De symbole en formule, de formule en langage vulgaire, elle amenait le droit à la clarté, à l'équité (1). »

La civilisation romaine, comme toute civilisation, a spiritualisé les institutions au fur et à mesure qu'elle s'éloignait de ces temps primitifs qui l'avaient vu naître. Après avoir éprouvé le besoin de s'attacher aux éléments matériels, à la forme, pour arriver à l'esprit, elle ne demande plus à la matière que ce qui est indispensable pour révéler et pour garantir la volonté. Cela tient à ce que le

1. MICHELET. *Origines du droit français*. Introduction, page CXI.

symbole a cessé d'être compris (1) et que les formules sacramentelles ont paru une entrave ridicule, le jour où l'ordre intellectuel l'emporta sur l'ordre des sens, des impressions physiques. La forme n'est en elle-même qu'une vaine parure, un vêtement aux harmonieuses couleurs, mais qui à la longue devait peser trop lourdement sur les Romains des derniers siècles et ils cessèrent de le porter. Ces cérémonies et ces solennités qui encombraient le droit n'étaient plus en harmonie avec le caractère positif des Romains de la fin de la République et de l'Empire. Ils les respectèrent aussi longtemps qu'ils les jugèrent indispensables à la manifestation de la volonté, mais lorsqu'ils furent parvenus à un certain degré de civilisation, ils en comprirent toute l'inutilité et alors ils n'eurent plus assez de mépris pour elles. Et puis, les symboles et les fictions, empruntés pour la plupart au droit religieux, ne parlaient plus à l'esprit d'un peuple qui avait perdu la foi. Le scepticisme avait envahi le

1. De nos jours le symbolisme est-il mieux compris? Loin de là. Sous l'influence des auteurs scandinaves le symbolisme littéraire a fait son apparition. Les drames d'Ibsen l'ont mis à la mode, mais il suffit de suivre quelque peu le mouvement littéraire de notre époque, pour se rendre compte des critiques qu'il soulève. Cela tient à ce qu'il parle un langage qui a cessé depuis longtemps d'être le nôtre et que les manifestations symboliques sous lesquelles il se révèle échappent à notre intelligence. Peut-être la littérature symboliste sera-t-elle la littérature de l'avenir ; mais avant qu'elle ne s'acclimate définitivement et qu'elle ne s'impose à notre admiration, il sera nécessaire qu'une nouvelle éducation nous initie à ce qui n'est encore pour nous qu'obscurité et mystère.

monde romain et les progrès qu'il faisait chaque jour n'étaient pas sans nuire à l'influence des pontifes. Le caractère sacerdotal et en quelque sorte divin qu'ils avaient imprimé au droit, devint par l'effet du temps et de l'indifférence religieuse, de plus en plus en désaccord avec les mœurs et la constitution sociale. Le droit s'humanisait; il descendait de la sphère mystérieuse et sacrée où l'avait relégué l'autorité pontificale. Il cessa d'être un dogme, soustrait comme tel à la discussion, accepté sans contrôle, pour devenir une science accessible à tous les esprits, ouverte à toutes les intelligences. La divulgation des formules porta un coup décisif à l'omnipotence des pontifes. Des Ecoles s'ouvrirent où le droit était professé publiquement.

Dès lors, les principes juridiques furent soumis à une rigoureuse critique, on chercha leur raison d'être et il ne fut pas toujours facile de la découvrir. Les jurisconsultes de l'époque classique renoncent à justifier les règles anciennes. Julien avoue son impuissance : « *Non omnium, quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest* » (1). Nératius n'est pas moins sincère : « *Et ideo rationes eorum, quæ constituuntur, inquire non oportet* » (2). Aussi ne faut-il pas s'étonner que les exigences formalistes des premiers siècles n'aient pas trouvé grâce devant l'opinion publique. Des réformes s'imposaient qui devaient soustraire le fond du droit à la toute puissance de la forme. L'avènement d'un nouveau régime politique

1. Loi 20, Digeste, livre I, titre III.

2. Loi 21, Digeste, livre I, titre III.

permet de les poursuivre avec plus d'efficacité. A la République, compromise sans retour par la défaite d'Antoine à Actium, s'était substitué l'Empire, héréditaire et absolu. Le prince considéré comme le représentant du peuple, était investi du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, et la *lex Regia* qui lui conférait l'*imperium* donnait force obligatoire à ses volontés. Il pouvait à sa guise respecter les lois ou les violer : « *Quod principi placuit, legis habet vigorem* » (1).

En vertu de ce principe, les empereurs méconnaissant les règles anciennes édictaient des dispositions nouvelles qui ne rappelaient en rien les tendances formalistes de la Rome primitive. C'est ainsi que par l'effet de sa seule autorité, Auguste, cédant à des considérations d'équité, reconnut la validité des fidéicommiss à une époque où les dernières volontés d'un défunt devaient être exprimées en termes solennels. Dans le dernier état du droit romain, les décisions impériales constituent la source la plus féconde du droit. Qu'elles portent le nom de *decreta*, d'*edicta*, de *rescripta* ou de *mandata*, elles sont toujours l'œuvre d'un seul, l'Empereur, et les réformes devaient s'opérer plus facilement puisqu'il n'était plus nécessaire de consulter le peuple sur l'opportunité d'une loi nouvelle.

Une autre cause, tenant à des raisons d'ordre économique, fournit aussi des armes contre le formalisme. Dès la fin de l'époque royale, les rapports commerciaux des Romains avec les peuples qu'ils avaient soumis, prirent

1. *Institutes*, livre I, titre II, § 6.

une grande extension et se développèrent dans le cours des temps. Les étrangers affluaient à Rome, où ils étaient appelés par la force des choses à y passer des contrats et à y soutenir des procès. On ne pouvait songer à leur appliquer les règles du droit civil exclusivement réservées aux seuls citoyens ; aussi à côté des actes juridiques, déterminés par le droit de la cité, caractérisés par des formes solennelles, on dut reconnaître certains actes, appartenant au *jus gentium* et dépourvus de toute forme sacramentelle, qui étaient destinés à régler les rapports des pèrègrins (1). Ces actes auxquels les usages avaient donné naissance et qui, comme toute institution d'origine coutumière, se distinguaient par une extrême simplicité de formes, devaient à la longue faire impression sur l'esprit des Romains, dont le sens pratique a toujours été en éveil. Ils reconnurent bien vite l'inutilité de leurs formules et de leurs rites solennels, lorsqu'à côté de leur vieux droit quiritaire se développa un droit moins poétique, il est vrai, mais aussi plus soucieux d'assurer le respect des conventions, en négligeant le côté matériel et extérieur des actes pour s'en tenir à l'intention des parties. N'oublions pas que la procédure formulaire, débarrassée des cérémonies et des symboles en honneur au temps des actions de la loi, n'est qu'un emprunt au droit pèrègrin !

1. Ceci n'empêcha pas que de nombreuses cités sollicitèrent de Rome le *jus commercii*, qui conférait à leurs membres la faculté d'acquérir ou d'aliéner en accomplissant les solennités de la mancipation, solennités que les citoyens romains pouvaient seuls accomplir.

Enfin, il serait injuste de méconnaître le rôle considérable qu'il fut donné au préteur de jouer dans cette lutte contre le formalisme. Grâce aux attributions importantes qui lui étaient dévolues, grâce à *l'imperium* dont il était investi, grâce aussi à l'intelligente initiative dont il a fait preuve, le magistrat romain a su dans maintes circonstances soustraire le fond du droit au joug rigoureux de la forme. S'il ne peut attaquer de front les dispositions surannées des XII Tables, ses pouvoirs sont cependant assez grands pour lui permettre de compléter le droit civil et même de le corriger (1). Le but qu'il poursuit est d'assurer le triomphe de l'équité tout en respectant la lettre de la loi, et il parviendra à ses fins. « Un débiteur vend ses biens en fraude des créanciers. Selon la vieille loi, la vente, la tradition est sacrée. Le préteur n'ira pas à l'encontre. Mais il affirme qu'il n'y a pas eu de tradition » (2). Faut-il citer d'autres exemples ? L'ancien droit n'accordait aucune sanction aux engagements contractés en dehors des termes de la loi : le préteur déclara d'une manière générale qu'il ferait observer tout pacte conclu sans dol. Le propriétaire d'une *res Mancipi* l'a-t-il aliénée par voie de tradition ? La vente est nulle d'après le droit des Quirites, mais le magistrat intervient pour vali-

1. Papinien est formel sur ce point : « *Jus prætorium est, quod prætores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam.* » Loi 7, § 1. Digeste, liv. I, t. I.

2. MICHELET. *Origines du droit français*. Introduction, page CXIII.

der cet acte sans forme et afin de sauver les apparences, il dénie à l'acquéreur la propriété quiritaire et lui attribue la propriété bonitaire. Pure subtilité de mots !

Sous l'impulsion de ces causes multiples et si diverses, le formalisme devait nécessairement disparaître. Il lutta longtemps ; mais sa résistance fut vaine, et dans l'œuvre de Justinien il n'occupe plus qu'une place insignifiante. Cette grande guerre, que Rome eut à soutenir contre les signes extérieurs et les éléments matériels, ne se termina qu'après de longs siècles d'efforts. L'évolution qui tendait à affranchir le droit de la tyrannie des formes s'opéra lentement et fut marquée tantôt par une réforme d'ensemble due au législateur, tantôt par l'abrogation tacite de règles vieilles, que les usages avaient condamnées.

C'est cette évolution, dont nous sommes amené tout naturellement à suivre les phases, que nous allons essayer d'esquisser à grands traits, nous efforçant de mettre en relief les faits qui ont eu le plus d'influence sur la décadence du formalisme romain.

Le mouvement de réaction contre les tendances formalistes se dessina dans les derniers temps de la République et ne fit que s'accroître à l'époque impériale. Tour à tour les solennités et les actes symboliques sont délaissés et Justinien peut se féliciter d'avoir détruit la dernière race des vieilles comédies du droit : *antiqui juris fabulas*.

Ainsi le mariage sacerdotal (*confarreatio*) que les patriciens s'étaient plu à contracter pendant des siècles, n'existait plus guère, sous le règne de Tibère, qu'à l'é-

tat de souvenir. Tacite raconte, à ce sujet, que ce fut à peine si on put découvrir, à cette époque de septicisme et d'indifférence religieuse, trois patriciens issus *ex confarreatis nuptiis* pour choisir un flamine de Jupiter (1) et l'historien n'hésite pas à attribuer l'abandon de ce mode solennel d'union à l'extrême complication des formes qui l'entouraient. D'un autre côté, la *coemptio* qui avait été d'un usage fréquent dans les mariages plèbéiens cessa d'être usitée couramment à cause de la répugnance des pères de famille à sacrifier leur puissance. Si elle existait encore, elle n'était plus employée, dans le droit classique, que dans des cas exceptionnels (2) et pour échapper à certaines dispositions de l'ancienne législation. Lorsqu'elles furent abrogées, la *coemptio* n'eut plus de raison d'être et elle disparut définitivement.

Les cérémonies qui accompagnaient les affranchissements ne tardèrent pas non plus à être simplifiées. Ulpien parle de l'affranchissement *censu* comme d'une institution qui n'existe plus de son temps (3). La *vindicta* fut ramenée à des formes moins complexes. Le préteur se dispensa de présider la solennité, qui ne consiste plus en un procès fictif mais dans une simple déclaration reçue par les licteurs. « *Manumissio* », dit un jurisconsulte du IV^e siècle, « *per lictores hodie, domino tacente, expediri solet* (4) ». Bien mieux, encouragés par l'exemple des empe-

1. TACITE. *Annales* IV, 16.

2. Nous avons fait allusion à ces applications détournées de la *coemptio* dans notre chapitre II, section I, page 67.

3. « *Censu manumittebantur olim* » Ulpien, *Règles*, Titre I, § 8.

4. HERMOGÉNIEN : Loi 23 Digeste, Livre XL, Titre II.

reurs, qui, se plaçant au-dessus des lois, affranchissent leurs esclaves sans recourir à la *vindicta* (1), les citoyens laissent tomber en désuétude l'usage de cette solennité et le magistrat ne se fait pas scrupule de reconnaître la qualité d'hommes libres aux esclaves qui n'avaient pas été affranchis suivant les rites légaux (2). Il appartenait à Justinien d'accomplir une réforme plus radicale. Laissant subsister, il est vrai, les affranchissements *vindicta* et *in sacrosanctis ecclesiis*, il n'hésite pas à valider tous ceux qui résultent d'une lettre émanée du maître et portant la signature de cinq témoins, d'une manifestation de volonté exprimée *inter amicos*, du fait que l'esclave marche en tête du convoi de son maître, la tête coiffée du *pileus* ou du nom de *filius* qui lui est donné dans un acte public et d'autres faits encore également dépourvus de formes (3).

Le même empereur ne devait pas davantage respecter les symboles et les solennités qui servaient à réaliser l'adoption et l'émancipation et que, depuis longtemps, la pratique avait négligés. Il supprime toutes ces formalités qu'il traite de « *circumductiones inextricabiles et injuriosa rhapsimata* » (4) et les remplace par une simple déclaration faite devant le magistrat. Avant lui et pour le

1. « *Imperator cum servum manumittit, non vindictam imponit, sed cum voluit, fit liber is, qui manumittitur, ex lege Augusti* ».

Loi 14, § 1, Digeste. Livre XL, Titre I.

2. GAIUS, *Commentaires*, Livre III, § 56.

3. Pour compléter l'énumération, on peut ajouter : l'entrée de l'esclave dans les ordres avec le consentement de son maître, son enrôlement dans l'armée, le mariage d'une *ancilla* avec un homme libre.

4. Loi 6, code, livre VIII, titre XLIX.

cas où un père de famille voulait émanciper son fils, une constitution d'Anastase, de l'année 503, avait déjà décidé qu'un rescrit serait dorénavant suffisant pourvu qu'il fût transcrit *apud acta judicis* et que le consentement de l'enfant pubère figurât sur les registres publics (1). C'est là ce qu'on a appelé l'émancipation anastasienne.

Quant à l'adrogation qui était entourée dans les premiers siècles de précautions minutieuses, de nature à déjouer de honteuses spéculations et à protéger des intérêts religieux, elle perdit ses anciennes formes à mesure que le culte privé fut l'objet de moins de respect. L'enquête à laquelle se livrait le collège des Pontifes échut aux magistrats ; elle se fit dès lors avec plus de simplicité. D'un autre côté, à la volonté du peuple qui n'était plus que nominale exercée depuis que la décision des trente licteurs avait remplacé la loi curiate, s'était substituée la volonté de l'empereur et, dès le III^e siècle de notre ère, une constitution de Dioclétien et de Maximien dispose que l'adrogation deviendra parfaite, *principali rescripto, auctoritate imperatoris* : « *Arrogatio etenim ex indulgentia principali facta, perinde valeat apud prætorem vel præsidem intimata, ac si per populum jure antiquo facta esset* » (2). Une double conséquence en résulta. D'abord l'adrogation qui ne pouvait avoir lieu qu'à Rome,

1. Loi 5, code, livre VIII, titre XLIX.

2. Loi 2, *in fine*, code livre VIII, titre XLVIII. Une constitution des mêmes empereurs de l'année 291 n'est pas moins formelle : « *Arrogationes eorum qui sui juris sunt, nec in regia urbe, nec in provinciis, nisi rescripta principali fieri possunt* » Loi 6, code livre VIII, titre XLVIII.

puisque là seulement se réunissaient les comices, devint possible dans les provinces. De plus, la présence des parties, requise quand les solennités s'accomplissaient *coram populo*, ne fut plus nécessaire le jour où elle s'opéra par rescrit impérial.

Ce n'est pas seulement dans les institutions relatives au droit des personnes, que le formalisme tendait à disparaître; il subit une évolution analogue dans le droit des biens. La mancipation et l'*in jure cessio* avec leur cortège de formalités n'existaient plus qu'en théorie. Le préteur les avait rendues inutiles en validant la tradition des *res Mancipii* et en créant, à côté du domaine quiritaire, la propriété bonitaire qui conférait les mêmes avantages. Toutefois ces modes solennels d'acquérir se maintinrent jusqu'à Justinien, mais il n'en est plus question dans la législation de ce prince, qui abrogea l'ancienne classification des *res Mancipii* et *nec Mancipii* et conserva la tradition comme seul mode de transférer la propriété.

La forme des donations s'est elle-même adoucie. Le premier qui fit fléchir la rigueur primitive fut l'empereur Antonin le Pieux. Il décida que la donation *inter parentes et liberos* serait parfaite par le seul consentement en dehors de toute tradition et de toute mancipation, pourvu qu'elle fût constatée par écrit et l'écrit remis au donataire. Pour les libéralités faites entre toutes autres personnes, on en revint au droit antérieur à la loi Cincia, mais on exigea, en outre, l'accomplissement d'une formalité destinée à assurer la publicité de la donation et à en conserver la preuve, l'insinuation. Justinien se montra plus large. Il fit de la convention de donner un pacte

obligatoire, qui emportait nécessité d'exécuter (1), et il dispensa de l'insinuation toute donation inférieure à cinq cents solides (2).

La matière des successions qui dans l'ancien droit avait particulièrement éprouvé l'action du formalisme en secoua cependant le joug. Ainsi les formes du testament n'ont plus d'autre but que de mettre hors de doute la volonté du disposant. Il suffit que l'acte soit écrit d'un seul trait, que les témoins spécialement convoqués apposent leur cachet et qu'ils signent avec le testateur : la mancipation imaginaire, encore en usage à la fin de la République, a disparu et le patrimoine du *de cujus* se transmet, sans qu'il soit besoin d'un fait extérieur pour effectuer cette transmission. Ce progrès ne fut pas le seul. La règle primitive, en vertu de laquelle les dispositions testamentaires ne devaient trouver place qu'après l'institution, fut abrogée par Justinien qui, trouvant illogique de s'attacher à l'ordre de l'écriture, décida qu'il n'y avait pas lieu de s'occuper de l'ordre matériel, dans lequel se succédaient les clauses d'un même testament (3). Du côté de l'héritier, on n'exige plus une acceptation formelle. La *cretio*, dont Gaius et Ulpien nous parlent comme d'une solennité encore en vigueur de leur temps, a été supprimée par une constitution de l'année 407. « *Cretionum* » disent les empereurs Honorius, Arcadius et Théodose, « *scrupulosam solemnitatem hac lege penitus amputari decer-*

1. Loi 35, § 5, Code, Livre VIII, Titre LIV.

2. *Institutes de Justinien*, Livre II, Titre VII, § 2.

3. *Institutes de Justinien*, Livre II, Titre XX, § 34. Loi 24, Code Livre VI, Titre XXIII.

nimus » (1). Un acte de gestion, une déclaration verbale qui n'est soumise à aucune forme, fait naître au profit de l'institué les droits héréditaires.

Ce mouvement, qui tendait à assurer le triomphe de la volonté pure et abstraite, rencontra peu de résistance dans le droit des obligations. Que reste-t-il à l'époque de Justinien de ce principe, que la volonté n'a la force d'engendrer un droit et une action que lorsqu'elle est manifestée dans une forme consacrée par la loi ou un long usage ? Des adoucissements devaient lui être nécessairement apportés et c'est le vieux droit civil, qui le premier lui porta atteinte en sanctionnant les contrats consensuels, qui n'exigeaient pour leur perfection l'accomplissement d'aucune formalité. Immense progrès ! puisque à lui seul le consentement constitue une cause suffisante d'obligation. Ce n'était pas encore assez. Les contrats de vente de louage, de société et de mandat, n'étaient, en effet, que des pactes mis hors de pair, alors que tous les autres restaient sans protection, soumis à la règle : « *Ex pacto actio neque nascitur, neque tollitur* ». Le prêteur réagit contre une telle rigueur et il promit de faire respecter tous les pactes, qui auraient un but licite et n'auraient rien de contraire aux lois. Le passage de l'édit qui a trait à cette importante innovation mérite d'être rapporté : « *Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo* » (2). La réforme n'eut cependant pas la portée, qui

1. Loi 17, Code, Livre VI, Titre XXX.

2. Loi 7, § 7, Digeste, Livre II, Titre XIV.

semble résulter des termes de l'édit, car le prêteur ne sanctionna jamais les pactes que par voie d'exception et ne créa pas d'action pour en assurer l'exécution. Il fut donné aux Prudents de poursuivre la tâche entreprise. Au II^e siècle, le jurisconsulte Ariston imagina de munir les pactes *do ut des* et *do ut facias* de l'action *præscriptis verbis*, que Labéon avait introduite pour des hypothèses particulières. La doctrine, il est vrai, ne fut pas unanime à approuver l'opinion de l'Ecole proculienne ; mais, malgré l'autorité de Celsus qui la combattait, elle triompha définitivement et sous le règne d'Alexandre Sévère elle n'était plus contestée. On étendit même l'application de l'action *præscriptis verbis* aux hypothèses *facio ut facias* et *facio ut des*.

En même temps que prenait corps cette doctrine relative aux pactes nus, se développait une théorie qui avait pour but d'assurer l'exécution des pactes adjoints à un contrat, en les sanctionnant par l'action née du contrat. Ce résultat ne fut tout d'abord acquis que pour les pactes adjoints *in continenti* à un contrat de bonne foi, ainsi que l'atteste Ulpien quand il dit : « *Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis* » (1). Quant aux pactes faits après coup, *ex intervallo*, ils n'engendraient pas une action, mais une exception, au même titre que les pactes nus. A la fin de l'époque classique, la jurisprudence avait encore élargi son système, donnant une garantie analogue aux pactes adjoints à une stipulation. Paul nous fournit sur ce point des renseignements pré-

1. Loi 7, § 5, Digeste, Livre II, Titre XIV.

cis. Dans un texte célèbre, le jurisconsulte nous rapporte, qu'une discussion s'était élevée sur la question de savoir, si un pacte, fractionnant le paiement du capital stipulé en un certain nombre de prestations successives, opérait *ipso jure* et pouvait être sanctionné par l'action *ex stipulatu* (1). Paul soutenait l'affirmative : « *Dicebam, quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur* », andis que son contradicteur, (le texte dit *quidam* et les scolastes du moyen-âge ont voulu y voir Ulpien), affirmait le contraire. Papinien fit prévaloir l'opinion de Paul, qui sous Justinien ne prête plus à controverse. En ce qui concerne le *mutuum*, si les divers pactes qui l'accompagnaient ont été munis de la *condictio ex mutuo*, il en est un toutefois qui n'a jamais été validé, c'est celui qui avait pour objet la restitution d'une somme plus forte que la somme reçue.

Un grand pas avait été franchi ; mais, malgré les progrès que la jurisprudence romaine avait réalisés en cette matière, elle n'était pas parvenue à émanciper complètement la volonté humaine, et il est vrai de dire, qu'elle n'a jamais supprimé la distinction entre les pactes et les contrats. « Le nombre des obligations sanctionnées », dit M. LABBÉ, « s'est avec le temps considérablement augmenté ; mais il est toujours resté limité. La règle, *ex pacto actio non nascitur*, n'est pas renversée. La volonté humaine n'a pas été complètement affranchie du formalisme. Il existe encore des conventions ayant un but honnête, qui, à défaut de l'accomplissement des formes de la

1. Loi 40, Digeste, Livre XII, Titre I.

stipulation, sont dépourvues de sanction » (1). Il appartenait seulement au droit moderne de rompre le cercle et d'accorder librement la protection de la justice à l'accord de volonté des parties, quelle que soit la manifestation extérieure qu'il révèle.

La lutte que les Romains ont soutenue contre leur système formaliste devait se porter sur un autre terrain. En même temps qu'ils s'efforçaient de débarrasser leurs institutions des cérémonies bizarres et inutiles qui les encombraient, ils voulurent se soustraire à la rigidité des formules sacramentelles. Les mœurs nouvelles s'accommodaient mal de ce rigorisme étroit, qui avait été pour les esprits une forte discipline et les avait obligés à attacher aux mots un sens précis (2). L'heure était venue de rechercher l'intention sous les paroles prononcées et de ne plus faire de la pensée l'humble esclave du mot.

L'évolution à laquelle nous fait assister l'étude du contrat de stipulation est particulièrement intéressante à suivre. Elle témoigne des préoccupations constantes des jurisconsultes à se soustraire à la toute puissance des formules. « Par une série d'adoucissements successifs », dit M. STOUFF, « on admit l'emploi des langues étrangères (3), dans le cas où la réponse ne concordait pas avec

1. M. LABBÉ. *Des pactes nus*. ORTOLAN, Tome III, *Appendice X*.

2. M. BOUCHÉ-LECLERCQ : *Les pontifes de l'ancienne Rome*, page 223.

3. Gaius nous donne les formules grecques en usage déjà de son temps. Ce sont les suivantes : « δώσεις ; δώσω, ομολογείς ; ομολογώ, πιστεῖ κελεύεις ; πιστεῖ κελεύω, ποιησεις ; ποιήσω. » Gaius, *Commentaires*, III, § 93.

la demande sur la quantité à fournir, on reconnut la validité de la stipulation jusqu'à concurrence de la quantité la plus faible; on tendit dès l'époque classique à supprimer les paroles solennelles. Ulpien en dispense le promettant (1). Il permet au stipulant de valider par une ratification immédiate une stipulation dans laquelle la réponse n'est pas conforme à la demande (2). » A ces réformes, il manquait la sanction législative. Une constitution de l'année 469 due à l'empereur Léon la leur donna. Elle est ainsi conçue : « *Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus, vel directis, sed quibuscunque verbis consensu contrahentium compositæ sunt, vel libris cognitæ, suam habeant firmitatem* (3). » Il résulte des termes mêmes de la Constitution, que l'emploi de paroles solennelles a cessé d'être obligatoire. Une seule chose subsistait : la nécessité d'une interrogation et d'une réponse orales et encore fut-elle compromise par une disposition de Justinien, en vertu de laquelle si un écrit mentionnait la stipulation et qu'elle n'ait pas eu lieu

1. M. MAYNZ se plaçant dans le droit primitif soutient que malgré la *solemnitas verborum* requise dans la stipulation, on n'exigeait pas toujours une concordance littérale entre la demande et la réponse. A l'appui de son opinion, il cite ce vers de Plaute : « *Viginti minas dabim? Dabuntur* » (*Pseudolus* IV, 6, 13 et 14). Maynz : *Cours de droit romain*, t. II, page 349. Il ne faut pas oublier que les auteurs littéraires ne sont pas des jurisconsultes et qu'on doit se garder de prendre à la lettre les expressions dont ils se servent.

2. M. STOUFF : *De la formation des contrats par l'écriture*, page 16.

3. Loi 10 au code, livre VIII, titre XXXVIII.

effectivement, elle devait être considérée comme existante, à moins qu'un acte écrit ou des témoins dignes de foi n'attestent l'absence de l'une des deux parties le jour où la stipulation est censée avoir été faite (1).

La novation et l'acceptilation, qui ne sont que des institutions dérivées du contrat *verbis*, ont bénéficié des mêmes adoucissements. Dès le III^e siècle et sous l'intelligente action d'Ulpien la volonté de nover ou de faire acceptilation n'est plus méconnue par suite de l'irrégularité de la formule (2). Celle-ci n'a d'autre importance que de faire présumer l'intention des contractants, qui peut se manifester librement à partir de la réforme de l'empereur Léon.

Cette réforme, qui porta atteinte à l'omnipotence des formules, n'est d'ailleurs pas la première en date. Ainsi le formalisme devait nécessairement disparaître de la procédure, le jour où Dioclétien, supprimant la distinction huit fois séculaire du *jus* et du *judicium*, investit le magistrat du droit de connaître et de juger lui-même toutes les causes (3). La formule perdait toute son utilité et cependant elle se maintint quelque temps encore dans les usages pour des raisons que M. LABBÉ analyse si bien. « Quand le système extraordinaire a prévalu », dit notre regretté maître, « les esprits, émancipés en principe, mais retenus d'eux-mêmes sous le joug de l'ancienne discipline, ont longtemps cherché dans l'emploi d'expres-

1. JUSTINIEN. *Institutes*, livre III, titre XIX, § 12.

2. Loi 2. Digeste. Livre XLVI, Titre II.

3. Loi 2, Code, Livre III. Titre III.

sions démonétisées d'utiles repères pour la distinction des idées et la conduite de l'esprit » (1). On conserva donc l'habitude de rédiger une formule, du moins comme précis des conclusions de chaque plaideur, et celle de demander et d'obtenir l'action. Le premier de ces usages fut supprimé en 342 par les fils de Constantin (2) et le second en 428 par Théodose et Valentinien (3).

Le désir d'assurer une pleine efficacité aux dernières volontés des mourants fut, d'un autre côté, le point de départ d'une vigoureuse réaction contre les exigences du formalisme en matière de testament. Déjà, dans les premières années de l'Empire, Auguste cédant aux sollicitations des jurisconsultes, reconnaissait une existence légale aux fideicommiss et aux codicilles, ces actes sans formes qui pouvaient résulter d'une expression quelconque, d'un signe même. Cependant les legs et les testaments restaient soumis aux prescriptions rigoureuses d'une législation vieillie, qui, encore au I^{er} siècle de notre ère, faisait dépendre le sort de la disposition des paroles employées par le testateur. Le peuple romain était en droit d'attendre des réformes sur ce point, il ne fut pas déçu dans ses espérances.

Le sénatus-consulte Néronien (4) vint ébranler jusque

1. M. LABBÉ. *Préface aux Institutions juridiques des Romains* page IX.

2. Loi 1, Code. Livre II. Titre XLVIII.

3. Loi 2, Code. Livre II, Titre XLVIII.

4. On en est réduit à des conjectures sur la date exacte du sénatus-consulte Néronien. Néron ayant régné de 54 à 68 après Jésus-Christ, il n'a pu être rendu qu'entre ces deux dates.

dans ses fondements la théorie classique des legs, telle que l'avaient édifiée les premiers jurisconsultes, qui en avaient fait une merveille de raisonnement et de logique. Il valida et assimila au legs *per damnationem* tout legs nul à raison de l'impropriété de ses termes (1). Le testateur a-t-il légué *per vindicationem*, *simendo modo* ou *per præceptionem* la chose d'autrui ? A-t-il légué *per vindicationem* un bien dont il n'avait pas la propriété quiritaire ? A-t-il fait un legs *per præceptionem* à un *extraneus* ? Toutes ces dispositions auxquelles le vieux droit civil refusait toute valeur, le *de cuius* ayant négligé de se servir de la formule qui leur convenait, se trouvent validées par le sénatus-consulte Néronien. On ne tenait donc aucun compte des termes employés et cependant le formalisme n'avait pas abdiqué tous ses droits, puisque les formes antérieures étaient maintenues.

Une réforme radicale fut l'œuvre des fils de Constantin qui, par deux constitutions de l'année 339, supprimèrent toutes les formules solennelles en matière de testament (2). Désormais les paroles sacramentelles usitées dans les institutions d'héritier, dans les legs, dans les acceptations,

1. ULPEN : *Règles*. Titre XXIV, § 11a. Voici dans quels termes s'exprime le jurisconsulte : « *Si ea res quæ non fuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium, per vindicationem legata sit, licet jure civili non valeat legatum, tamen senatusconsulto Neroniano firmatur; quo cautum est ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit ac si optimo jure legatum esset: optimum autem jus legati per damnationem est.* »

2. Loi 15, Code, Livre VI, Titre XXIII ; Loi 21, Code, Livre VI, Titre XXXVII.

ne sont plus imposées au testateur ni à l'héritier ; mais l'ancienne classification des legs n'est pas abrogée ; aussi pour déterminer dans chaque espèce le caractère et les effets d'un legs, on dut examiner l'intention du défunt sans s'attacher aux expressions dont il s'était servi. Cette classification, qui n'avait plus aucune raison d'être, disparut sous Justinien qui ramena les legs à une seule classe et leur donna à tous une seule et même nature, permettant d'en poursuivre l'exécution par trois actions différentes, la *rei vindicatio*, l'action personnelle et l'action hypothécaire. Il aspirait ainsi, suivant ses propres expressions, « à assurer les volontés des défunts et à donner de l'importance aux intentions plutôt qu'aux mots » (1).

La réforme, que la Constitution de 339 avait limitée aux actes de dernière volonté, fut étendue trois années plus tard, en 342, à toutes les institutions juridiques (2). Par ses termes, le rescrit de Constance, qui consacra cette importante innovation, s'applique à toutes les formules du droit, dans tous les actes. Il est ainsi conçu : « *Juris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicibus amputentur* » (3). C'était là, pro-

1. JUSTINIEN. *Institutes*, Livre II, Titre XX § 34. Loi 24, Code, Livre VI, titre XXIII.

2. La Constitution qui opéra cette réforme est datée de 342 et, malgré cette date, elle est indiquée comme étant de Constantin, mort en 337. En réalité, elle est due à ses deux fils, Constance et Constant. Son troisième fils, Constantin II, avait péri en 340 devant Aquilée. L'indication du Consulat ne laisse d'ailleurs aucun doute.

3. Loi 1, Code, Livre II, Titre LVIII.

noncer l'abolition générale des paroles sacramentelles, que l'empereur regarde avec juste raison comme des pièges de syllabes tendus aux parties. Quelles que soient les expressions dont les contractants se sont servis pour rendre leur pensée ; c'est à cette pensée qu'on devra s'attacher pour régler la validité de l'acte et ses effets (1). Ce n'est pas, que dans beaucoup de cas encore, des paroles ne doivent être prononcées solennellement ; mais ces paroles n'ont plus rien en elles-mêmes de sacramentel, et certains auteurs en proclament même l'inutilité. Ainsi, Hermogénien, dans un texte relatif aux modes d'affranchir, n'hésite pas à tenir pour dites les paroles solennelles, qui n'auraient pas été prononcées « *et verba solemnia* » écrit-il, « *licet non dicantur, ut dicta accipiantur* » (2).

L'évolution, dont nous avons relevé les phases les plus importantes et qui tendait à assurer à la pensée abstraite la prédominance sur les formes concrètes, a amené progressivement le droit à la clarté et à l'équité. Il s'est dégagé sensiblement de l'étreinte d'un formalisme rigoureux, qui avait régné en souverain incontesté dans les premiers siècles de Rome, mais qui perdit peu à peu de son antique puissance, jusqu'au moment où les conquêtes de la raison humaine le chassèrent définitivement de ses dernières positions. Toutefois, il est juste de reconnaître que le formalisme, bien que sa sphère d'application ait été de plus en plus circonscrite, n'a pas complètement disparu.

1. ORTOLAN, *Histoire de la législation romaine*, page 390.

2. Loi 23, Digeste, Livre XL, Titre II.

Justinien, qui avait pris à tâche d'écarter toutes les subtilités inutiles, que les progrès de la jurisprudence n'avaient pu encore rejeter hors du domaine du droit, a subi lui-même son influence. On ne peut expliquer autrement, qu'il ait maintenu entre les contrats et les pactes la distinction qu'une longue tradition avait perpétuée et que par respect pour le passé, il n'osa pas sacrifier. Sans doute, cette distinction s'accuse plus dans les mots que dans les choses ; mais il n'en est pas moins vrai, qu'on est en droit de s'étonner qu'une législation, parvenue à un si haut degré de supériorité, ait subordonné l'expression de la volonté à des formes précises et limitativement déterminées. Qu'importe le vêtement dont se pare la volonté, pourvu qu'il soit possible de la saisir et de l'analyser !

Mais soyons juste et reconnaissons, malgré cette dernière concession à l'esprit formaliste, que, grâce aux efforts de Justinien, la législation était devenue plus naturelle et plus humaine. Ainsi débarrassée de ce qu'elle avait d'arbitraire et de factice, elle allait servir à l'éducation juridique des peuples, exerçant sur la civilisation du monde une influence que n'aurait pu avoir le droit subtil et contre nature qui l'avait précédée.

DROIT FRANÇAIS

DROIT FRANÇAIS

DE LA COMPÉTENCE ET DU CONFLIT DES LOIS

RELATIVEMENT AUX

Sociétés commerciales étrangères.

INTRODUCTION

DÉVELOPPEMENT DES RELATIONS INTERNATIONALES DANS
LES TEMPS MODERNES. SES CAUSES. ROLE PRÉPONDERANT
DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES DANS CE MOUVEMENT. DE
LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS.

Le droit international est aujourd'hui une des branches les plus importantes de la science juridique. Son domaine, jusqu'au commencement de ce siècle, resserré encore dans d'étroites limites, s'est agrandi en même temps que les relations entre peuples sont devenues plus fréquentes. Grâce aux découvertes incessantes dont peut

à juste titre s'honorer le génie de l'homme, les moyens de communication, précieux facteurs de la civilisation, se sont perfectionnés et ont pris une extension considérable : les chemins de fer qui parcourent en tous sens notre globe terrestre, les navires qui sillonnent l'immensité des mers, mûs par des forces nouvelles, ont porté un coup décisif à l'isolement des nations et l'ont brisé. Dès lors les hommes des divers pays sont entrés en rapports les uns avec les autres, sans que la distance soit comme autrefois un obstacle à leur rapprochement ; aussi ne faut-il pas s'étonner, en présence d'un tel changement dans les relations sociales, que les habitudes du commerce se soient modifiées. Bien loin de se limiter dans un cercle étroit, l'activité commerciale ne connaît plus de bornes ; les affaires sont en quelque sorte internationales, elles se nouent dans un pays et se dénouent dans un autre (1). Des régions les plus reculées viennent chaque jour les produits les plus divers et, en retour, nous exportons dans ces lointains pays les richesses que notre sol et notre industrie répandent avec profusion. Il s'établit ainsi une solidarité d'intérêts entre tous les peuples et cette solidarité ne laisse pas que d'offrir de réels avantages pour le bien commun de l'humanité.

Mais ce serait peu, si les individus se livraient isolément à ces opérations. La fortune individuelle, quelque élevée qu'elle puisse être, serait impuissante à répondre aux besoins de l'époque présente et il est nécessaire que

1. LÉVEILLÉ. *Leçon d'ouverture du Cours de droit commercial. Revue critique*, 1869, page 182.

des hommes réunis en associations mettent au service de l'intérêt général, les uns leur intelligence, les autres leurs capitaux. Déjà au xvii^e siècle, *Toubeau* reconnaissait l'utilité des sociétés commerciales lorsqu'il disait : « Les sociétés sont avantageuses pour le particulier, mais elles le sont encore davantage pour le public, qui ne peut subsister sans le commerce qui est immense et infini ; un particulier dont les forces sont nécessairement bornées, soit pour l'argent, soit pour les soins, les veilles et les peines, ne peut pas vaquer à un grandissime trafic et ne saurait si efficacement travailler seul, ni servir utilement et si avantageusement l'Etat dans un commerce d'importance, qu'en joignant son bien et son industrie avec d'autres » (1).

C'est là une vérité incontestable et qui de nos jours surtout ne saurait être mise en doute. Dans la seconde moitié de ce siècle, des sociétés se sont constituées en très grand nombre et la plupart ne se contentent pas de faire des opérations dans leur pays d'origine, elles étendent encore leur activité sur le territoire étranger. De plus, beaucoup de capitalistes, dans le but, soit de faire un placement plus sûr, soit d'obtenir de leur argent un rendement plus avantageux, souscrivent aux émissions d'actions ou d'obligations de sociétés étrangères. Est-il nécessaire de rappeler qu'en 1836 les capitaux anglais ont commandité nos premiers chemins de fer et que, quelques années plus tard, nous commanditions à notre tour les chemins de fer d'Espagne et d'Italie ? Ce mouvement

1. TOUBEAU. *Traité du droit consulaire*.

s'accroît chaque jour (1), et d'une part, le développement sans cesse croissant des sociétés de capitaux, de l'autre, le caractère cosmopolite des entreprises auxquelles elles se livrent ont contribué puissamment à accroître le nombre et la gravité des conflits de loi relativement aux sociétés commerciales étrangères. Dans cet ordre d'idées des questions de la plus haute importance appellent l'attention et méritent d'être examinées tant par les difficultés qu'elles soulèvent que par l'utilité pratique qui s'y rattache.

Ces questions, qui autrefois ne se présentaient guère que pour les individus, peuvent se ramener à deux principales. Etudier la situation des sociétés commerciales étrangères en France, rechercher dans quelle mesure et à quelles conditions elles sont admises à ester en justice; tel est le premier point qu'il importe d'examiner. Cette difficulté résolue, il reste à déterminer la loi que nos tribunaux doivent appliquer. Les sociétés étrangères sont-elles en droit de se prévaloir, comme les personnes physiques, de leur loi nationale? Sont-elles, au contraire, soumises aux dispositions que le législateur a édictées et

1. Il serait difficile de donner le nombre même approximatif des Sociétés étrangères, qui ont des succursales en France et y opèrent, puisqu'aucun texte de loi ne les oblige à y recevoir une publicité légale. Voici toutefois un exemple de nature à bien faire ressortir l'importance toujours croissante des sociétés et qui montre toute la faveur dont jouissent les sociétés étrangères auprès des capitalistes. Dans ces dernières années, il s'est constitué, pour l'exploitation des mines d'or du Transvaal, plus de sept cents sociétés anglaises qui ont attiré à elles une grande partie de l'épargne française.

qui s'imposent aux sociétés françaises ? C'est par l'examen de cette seconde question que nous terminerons.

Nous pourrions dès maintenant aborder notre sujet, s'il n'y avait lieu, au préalable, de fixer avec précision ce que nous devons entendre par sociétés étrangères. N'est-il pas nécessaire, en effet, avant d'étudier la condition légale des associations commerciales créées hors de nos frontières, d'établir aussi nettement que possible d'après quel *criterium* on devra les distinguer des sociétés françaises.

Le législateur n'a pas pris parti sur cette importante question, laissant ainsi le champ libre aux opinions les plus diverses. Ni la loi de 1857, ni celle de 1867 ne l'ont tranchée et le projet de loi déposé en 1883 et toujours à l'étude (1), n'y fait aucune allusion. On s'est cependant demandé au cours de la discussion de ce projet, s'il ne conviendrait pas de donner une définition de la société étrangère ; mais on ne s'est pas arrêté à cette idée et l'on a préféré donner aux tribunaux toute liberté d'appréciation (2). D'autres législations, il est vrai, plus clairvoyantes, n'ont pas craint de résoudre la question par voie de disposition générale. C'est ainsi que la loi belge de 1873 (article 129), le code italien de 1882 (article 230 *in fine*), le code de commerce roumain de 1887 (article 239) et le

1. Toutefois certaines dispositions du projet de 1883 ont fait l'objet d'une loi spéciale qui a été promulguée le 1^{er} août 1893 ; mais cette loi ne vise que les sociétés françaises et elle reste muette, en particulier, sur la question qui nous occupe actuellement.

2. *Exposé des motifs du projet de loi sur les sociétés par actions*, présenté par M. Martin Feuillée, garde des sceaux, page 76.

code portugais de 1888 (article 110) ont posé un principe dont il reste aux juges à faire l'application.

En France, à défaut de texte, nous devons chercher le *criterium* de la distinction dans les circonstances de fait qui ont entouré la constitution de la société. Ce sont là autant d'éléments d'appréciation et le point délicat est de déterminer celui qui doit l'emporter. Il ne peut toutefois y avoir de difficulté, lorsque ces divers éléments se trouvent réunis dans le même pays, qui serait à la fois le lieu du siège social, celui de l'exploitation et la patrie des associés. De même, on ne saurait sérieusement contester qu'une société soit étrangère, si elle a reçu d'un gouvernement autre que le gouvernement français l'autorisation de se constituer et de faire des opérations commerciales. Mais la solution de la difficulté apparaît moins nettement, si l'on suppose par exemple une association, fondée sans contrôle administratif, dont le siège social est en Belgique, l'entreprise en France et les associés de nationalité anglaise.

Un premier système consiste à assigner à la société la nationalité de ses membres. Les plus graves objections s'élèvent contre cette manière de voir acceptée cependant par M. Brocher, qui a soutenu qu'une société en nom collectif formée en France entre étrangers dans le but de construire en France des navires serait étrangère et qu'en conséquence, les navires construits sur notre territoire ne seraient pas français (1). Le savant auteur confond la

1. BROCHER. *Cours de droit international privé*, T. I, page 193.
— En ce sens : TISSIER : *Condition des navires dans les rapports internationaux* (Thèse). Trib. civ. de Périgueux, 6 août 1891, *Le Droit* du 29 sept. 1891. — Trib. civ. de la Seine, 26 mai 1884, Sirey, 1888, 2, 89 (note de M. Chavegrin).

personnalité de la société et celle des associés, alors qu'elles doivent être soigneusement distinguées l'une de l'autre. Les associations de commerce constituent des personnes morales, qui ont un patrimoine propre, un domicile distinct, des créanciers et des débiteurs personnels. Il en résulte que leur personnalité ne saurait s'identifier avec celle de leurs membres et qu'il n'y a aucune raison d'attribuer une même nationalité aux sociétés et aux associés. Et puis, d'ailleurs, il sera souvent malaisé, sinon impossible, de savoir à quels pays ces derniers appartiennent, quand il s'agira d'une société par actions dont les titres seront au porteur. Quel parti prendre, au surplus, si les associés sont de nationalités diverses ? Devra-t-on rechercher le pays qui compte le plus d'actionnaires et dans ce cas, faudra-t-il s'attacher à la majorité en nombre ou en somme ?

En présence de ces difficultés pratiques insurmontables, un pareil système doit être abandonné et aujourd'hui il compte peu de partisans, tandis que l'opinion d'après laquelle la nationalité d'une société serait déterminée par le siège social rallie un plus grand nombre de suffrages. On fait valoir, non sans raison, en faveur de ce système, que c'est au siège social que se concentrent toutes les affaires de la société ; c'est là qu'elles sont étudiées et reçoivent une solution, c'est de là que partent les ordres et les instructions ; c'est là que se passent les contrats, que se tiennent les assemblées et que se réunit le conseil d'administration. En un mot, dit-on, c'est au siège social que se manifeste avec le plus de sûreté l'existence de la société. On ajoute qu'il sera facile aux tiers qui traitent

avec elle, de connaître sa nationalité en se renseignant sur son siège social que les statuts indiquent toujours. Une jurisprudence à peu près constante a depuis longtemps consacré cette opinion (1), qui a pour elle l'appui d'une grande partie de la doctrine (2). Le congrès international des sociétés par actions, réuni à Paris du 12 au 17 août 1889, s'est également prononcé dans le même sens. Voici d'ailleurs le texte dont il a arrêté les termes : « Toute société a une nationalité. La nationalité d'une société par actions sera déterminée par la loi du lieu où elle aura été constituée et où elle aura fixé son siège social. Le siège social d'une société ne peut être que dans le pays où elle aura été constituée » (3).

S'il est vrai que ce système ne viole aucun des principes généraux du droit, il faut reconnaître qu'il favorise singulièrement la fraude. Il serait bien facile à une société qui veut établir son centre d'opérations en France de se soustraire aux charges fiscales ou aux prescriptions de la loi de 1867, en fixant son siège social dans un autre pays. Ne vaut-il pas mieux déjouer la fraude plutôt que de l'encourager? Aussi croyons-nous plus juste de

1. Cour de Cass. 20 juin 1870, DAL. 1870, 1, 416. — 16 juil. 1886, *Journal des Sociétés*. 1889, page 174. — Trib. corr. de la Seine, 20 nov. 1888. *Gaz. des trib.*, 1^{er} Janv. 1889. — Cour de Paris, 29 janv. 1889, DAL. 1890, 2, 1. — Trib. civ. de Nevers, 15 déc. 1891, CLUNET, 1892, 1023.

2. FÉLIX. *Traité de droit international privé*, II, page 33. — THALLER, *Revue critique*, 1883, p. 340 et *Annales de droit commercial*, 1890, II, p. 257. — COHENDY, DAL. 1890, 2, 1.

3. *Archives diplomatiques*, 1890, Tome I. page 109.

faire dépendre la nationalité d'une société, non pas de la volonté des fondateurs, qui ne saurait être souveraine en ces matières, mais d'une circonstance qui tient à la raison d'être de la Société.

Le seul système rationnel consiste à s'attacher au pays où la société a son principal établissement, c'est-à-dire le centre de ses affaires. « Il semble naturel », disent avec juste raison MM. *Lyon-Caen et Renault*, « de penser que le législateur a fait ses lois pour les sociétés qui exercent leur profession dans le territoire sur lequel il a le pouvoir législatif ; ce sont là les sociétés dont le législateur a intérêt à s'occuper » (1). Ce n'est pas que ce système soit à l'abri des critiques ; mais celles qu'il suscite sont loin d'être décisives. On a fait tout d'abord observer que s'il est facile de faire l'application de ces principes aux sociétés constituées pour exploiter un chemin de fer, une mine ou une colonie agricole, il n'en est plus de même pour les associations de crédit et les sociétés d'assurances, dont les opérations s'étendent dans un certain nombre d'Etats. Il s'agit ici de difficultés de fait qui ne sont plus du domaine de la doctrine et qui rentrent dans celui du juge. Les tribunaux s'entoureront de toutes les précautions pour statuer en connaissance de cause ; ils rechercheront dans quel but la société a été fondée, compulseront les livres, nommeront au besoin des experts et par là, ils pourront savoir pour quel pays la société dont il s'agit a été principalement constituée. S'il arrivait que le centre des affaires se déplaçât et ne

1. LYON-CAEN et RENAULT. *Traité des sociétés commerciales*, page 824.

fût plus le même qu'aux premiers jours de l'entreprise, d'après nous, il n'y aurait pas lieu de s'en préoccuper. Quand il s'agit de déterminer la nationalité d'une société, c'est au moment de sa constitution qu'il convient de se placer sans tenir compte des changements qui peuvent se produire au cours de l'exploitation, car c'est à ce moment que le but de la société a été arrêté. Elle a été créée conformément aux prescriptions d'une certaine loi et jusqu'à sa dissolution, elle doit rester soumise à son empire. On a fait valoir une objection d'un autre ordre et, à notre avis, plus sérieuse. Supposant une société fondée pour l'exploitation d'une mine située dans une région où la civilisation n'a pas encore pénétré, on se demande si notre système rigoureusement appliqué ne serait pas de nature à nuire aux intérêts des associés et des tiers, puisqu'ils seraient privés de la protection d'une loi sérieuse. En admettant même qu'elle fonctionnât dans un pays où la législation offrirait des garanties suffisantes, ne serait-ce pas méconnaître l'intention des fondateurs et l'intérêt bien entendu de la société que de la soustraire à l'application d'une loi choisie librement et sans fraude? Nous répondrons à nos contradicteurs que le système qui a nos préférences, n'est pas aussi absolu qu'on le suppose. Il comporte des tempéraments qu'exige la nature des choses et nous ne nous refusons en aucune façon à ce que des exceptions y soient portées. En un mot, le *criterium* auquel nous nous sommes arrêté et d'après lequel la nationalité d'une société se détermine par le lieu de son exploitation principale doit servir de guide pour la solution de la question de nationalité; mais il n'est pas le

seul élément d'appréciation dont les juges aient à tenir compte. Dans le cas où il serait manifestement insuffisant, dans le cas où il conduirait à des conséquences inacceptables, nous admettons volontiers que la situation du siège social, le pays où les souscriptions ont été ouvertes, voire même la patrie des actionnaires, soient autant de circonstances de nature à éclairer les magistrats et à dicter leur décision (1).

Qu'on ne nous accuse pas enfin d'ériger l'axiome « *fraus omnia corrumpit* » en présomption générale et formelle ! Est-ce donc présumer la fraude que la déjouer et l'empêcher de se produire ?

Quelques décisions judiciaires ont pris en considération pour déterminer la nationalité d'une société, le lieu où elle avait le centre de ses opérations. C'est ainsi que par jugement du 8 février 1892, le Tribunal de commerce de la Seine a déclaré belge une société d'assurances dont le conseil d'administration et les actionnaires se réunissaient en Belgique et qui traitait dans ce pays la majeure partie de ses affaires (2). Quant à la doctrine, elle s'est en très grande partie rangée à cette opinion (3) et il est à espérer que le législateur la consacrera à son tour lorsque le projet de loi sur les sociétés, dont quelques dispo-

1. M. WEISS cependant ne fait pas de réserves. *Traité de droit international privé*, page 150.

2. CLUNET, 1892, 478.

3. LYON-CAEN et RENAULT. *Traité des sociétés commerciales*, page 821. CHAVEGRIN, Sirey, 1888, 2, 89 (en note). WEISS et Paul-Louis LUCAS, *Pandectes françaises*, 189), 1, 100 (en note). BOISTEL. *Cours de droit commercial*, 3^e édition, n^o 296 (ter).

sitions distraites de l'ensemble de ce projet ont été votées et constituent la loi du 1^{er} août 1893, viendra en discussion devant les Chambres. Il comblera de la sorte une lacune, que d'autres législations ont déjà fait disparaître en sanctionnant le système que nous avons adopté. Il n'est pas sans intérêt de les rappeler.

La loi belge du 18 mai 1873 a statué en ces termes : « Toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger. » On pourrait objecter, il est vrai, que l'expression « principal établissement » s'entend aussi bien du siège social que du siège de l'exploitation ; mais la jurisprudence belge s'est presque unanimement prononcée pour ce dernier sens. Un arrêt de la Cour de Gand du 18 février 1888 confirmant un jugement du Tribunal de cette ville du 13 avril 1887 a disposé, en effet, qu'une société, bien que constituée à Paris par des Français, et suivant les formes prescrites par la loi française, devait être considérée comme société nationale, lorsqu'en réalité elle avait son principal établissement en Belgique, lequel résultait du but de la société (éclairage de la ville de Gand), dont les usines et les magasins se trouvaient en Belgique, où se concentrait sa vie industrielle et commerciale. La Cour écartait en même temps la circonstance que le siège de la société, d'après les statuts, était à Paris, où se réunissaient l'Assemblée générale et le conseil d'administration et déclarait qu'elle n'était pas de nature à faire considérer la société comme ayant son principal établissement en France (1). La même

1. Pasicrisie, 1888, 2, 303.

jurisprudence a été affirmée par le Tribunal de Tongres qui décida, le 5 mars 1889, qu'une société, constituée en Hollande, où se trouvait son siège social, en vue d'exploiter des sablières en Belgique, avait son principal établissement en Belgique et en conséquence constituait une société belge (1).

Le code italien de 1882 (art. 230, *in fine*) est plus explicite encore que la loi belge. Il dispose que « les sociétés constituées en pays étranger qui ont dans le royaume leur siège et l'objet principal de leur entreprise sont considérées comme nationales. » Application de ce texte a été faite le 31 mars 1887 par la Cour de Cassation de Rome. La loi en vigueur au lieu où l'acte constitutif a été passé, a dit la Cour, n'est pas celle qui doit déterminer la capacité et les conditions d'existence de la société, lorsque le centre de ses opérations se trouve situé en pays étranger. Il en résulte que la société qui, bien que constituée hors du royaume, a son principal établissement en Italie, doit être considérée comme société nationale soumise à la loi italienne et ne peut se réclamer de la législation étrangère (2).

Citons enfin, pour terminer, l'article 110 du Code de commerce portugais de 1888 : « Les sociétés qui se sont constituées en pays étranger, mais qui doivent avoir un siège dans le royaume et y exercer leur principal commerce, seront considérées pour tous effets comme sociétés

1. *Pandectes belges*, 1889, 1455. Dans le même sens. Trib. civ. de Bruxelles, 28 janv. 1888. *Pandectes belges*, 1889, 389.

2. CLUNET, 1890, 162.

nationales et seront soumises à toutes les dispositions du présent code. »

La question de nationalité ainsi tranchée, nous pouvons dès lors aborder la matière de cette étude. Elle comprendra deux divisions principales : l'une ayant trait à la compétence des tribunaux français à l'égard des sociétés commerciales étrangères, l'autre relative à la loi applicable à ces mêmes sociétés.

PREMIÈRE PARTIE

De la compétence judiciaire.

Le droit d'ester en justice en France appartient sans nul doute, en vertu des articles 14 et 15 du Code civil, aux étrangers tout au moins dans les contestations où un Français est intéressé, soit comme demandeur, soit comme défendeur. Nous croyons aussi, bien que ce soit là un point controversé, que les tribunaux français sont également compétents pour connaître des procès entre étrangers. Au cours de ce siècle et à la suite du développement croissant des associations de commerce et d'industrie, on en vint à se demander si les mêmes droits devaient être reconnus aux sociétés commerciales étrangères. Cette question, loin d'avoir perdu de son importance, mérite, aujourd'hui encore, de retenir l'attention. De graves difficultés divisent les jurisconsultes ; elles se trouvent accrues à l'heure actuelle par suite de l'apparition d'une doctrine récente, qui s'est efforcée de trancher la controverse en soulevant une question préjudicielle. Il convient d'en faire connaître les termes.

D'éminents interprètes ont soutenu que les personnes morales n'avaient d'existence légale que dans le pays où elles avaient été créées. S'il en était ainsi, il ne saurait être douteux que les sociétés commerciales, à moins d'une reconnaissance par les Etats étrangers, ne pourraient prétendre exercer aucun droit en dehors de ses frontières. « Le législateur seul, dit M. *Laurent*, a le pouvoir de créer des personnes juridiques; or, son pouvoir s'arrête à la limite du territoire de la nation qui lui a délégué la puissance législative. Hors de ces limites, il n'exerce aucune autorité; donc, les corporations qui n'ont d'existence que par sa volonté n'existent pas là où cette volonté est sans force et sans effet. C'est une différence capitale entre la personne réelle et la personne fictive » (1).

On ajoute encore que la création d'un acte juridique répond aux besoins d'un peuple déterminé et que l'intérêt auquel la loi s'est proposé de pourvoir est un intérêt purement national (2).

Cette doctrine à laquelle M. *Laurent* a prêté l'autorité de son nom et qui a été acceptée, en France, par M. *Weiss*, semble avoir fait de rapides progrès en Italie. Dans son *Rapport sur le nouveau code de commerce*, *Mancini* s'exprime dans les termes suivants : « Il serait absurde que le législateur prétendit conférer à une société nationale une existence universelle. Même en le

1. LAURENT. *Droit civil international*, t. IV, p. 213.

2. WEISS. *Traité élémentaire de droit international privé*, page 145.

voulant, il ne le pourrait pas, parce que son autorité ne s'étend pas sur tout le genre humain, mais est restreinte à la nation qu'il représente » (1). La même opinion a été professée par M. *Pierantoni* (2) et par M. *Bianchi*, qui, après l'avoir combattue dans ses *Elementi di diritto civile* (3) s'y est rallié dans la suite (4).

Quant à la jurisprudence, elle se montre peu disposée à suivre les auteurs dans cette voie. On peut citer toutefois plusieurs arrêts, qui ont fait l'application de ces principes. Le plus ancien est un arrêt de la Cour de Cassation de Belgique du 8 février 1849 (5). On peut citer dans le même sens, un arrêt de notre Cour de Cassation du 1^{er} août 1860, qui a refusé d'assimiler les personnes morales aux êtres réels (6), et un autre, plus récent, rendu par la Cour de Cassation de Rome, le 10 juillet 1889. Celle-ci a dénié à la Supérieure d'une congrégation française, non autorisée en Italie, le droit d'ester en cette qualité comme demanderesse devant les tribunaux italiens, parce que, dit un des considérants : « Une personne morale représente une idée qui est sa raison d'être, doit servir un but politique ou économique, moral ou religieux, qui est nécessairement national. Hors des frontières de l'Etat où elle a été créée, cette raison d'être

1. MANCINI. *Rapport sur le nouveau code de commerce*, p. 432.

2. PIERANTONI. *Rassegna commerciale*, t. II, p. 1 à 29.

3. BIANCHI. *Elementi di diritto civile*, t. I, page 218.

4. BIANCHI. *Corso di diritto civile* (édition de 1886). *Delle persone*, n. 4, p. 4.

5. *Pasicrisie belge*, 1849, 1, 221.

6. DALLOZ, 1860, 1, 444.

et ce but non seulement cessent d'exister mais encore peuvent se trouver en opposition avec les conditions essentielles du droit public local » (1).

Les divers arguments, accumulés en faveur du système que nous venons d'exposer, ne sont pas de nature à ébranler notre conviction et nous préférons nous en tenir à la doctrine séculaire déjà enseignée par *Merlin* (2) et que de savants auteurs soutiennent de nos jours (3). S'il est vrai de dire, en principe, que le pouvoir législatif d'un Etat ne s'étend pas au-delà des limites de cet Etat, il n'est pas moins certain que depuis longtemps ce principe a cessé d'être absolu. Il n'est pas de jour que nos tribunaux ne fassent l'application des lois étrangères et nous ne voyons pas la raison qui ferait écarter celles qui consacrent l'existence légale des personnes morales. N'est-on pas, d'ailleurs, en droit de s'étonner que les partisans les plus convaincus et les plus autorisés de la théorie de la personnalité du droit soient au nombre de nos contradicteurs?

L'argument tiré de la différence profonde, que l'on voudrait établir entre les personnes morales et les personnes

1. CLUNET, 1890, p. 739.

2. MERLIN : répertoire, *Gens de main-morte*, § 7, n^{os} 1 et 2.

3. LYON-CAEN : *De la condition légale des Sociétés étrangères en France*, page 13. LYON-CAEN et RENAULT : *Traité des Sociétés commerciales*, page 780. LAINÉ, à son cours 1893-1894 et dans sa dissertation sur *Les personnes morales en droit international privé*, CLUNET, 1893, page 273. BROCHIER, *Cours de droit international privé*, t. I, page 185. FÉLIX, *Traité de droit international privé*, t. I, n^o 31, page 65 (4^e édition). Justice de paix de Bruxelles, 25 mai 1895, *Gazette des Trib.* des 14-15 octobre 1895.

naturelles, est peut-être moins décisif encore. Les unes et les autres n'ont d'autres droits que ceux qui leur sont conférés par la loi et, suivant l'expression même de M. Laine, « il n'est pas vrai de dire que les personnes physiques, c'est-à-dire les individus, ne tiennent leurs droits que de la nature. Si la loi ne les crée pas, elle réglemente dans le domaine du droit leur existence. Parfois même elle leur ouvre ou elle leur ferme la vie juridique (1). » D'un autre côté, est-il bien exact de dire que les personnes morales ne sont que des fictions? Ce sont à proprement parler, des personnes physiques à l'état d'association et il n'y a pas de motif sérieux de les priver d'une existence juridique, alors que ces dernières peuvent s'en prévaloir.

En dernier lieu, il n'est pas sans intérêt de faire observer, comme le constate un avis du Conseil d'État (2), que l'article 11 du Code civil ne fait aucune distinction. Il accorde aux étrangers la jouissance des mêmes droits civils que ceux qui sont accordés aux Français par des traités, sans limiter la portée de sa disposition aux personnes physiques et il serait contraire au texte de la loi comme à son esprit de ne pas comprendre dans ses termes les êtres fictifs étrangers.

De cet exposé rapide, nous sommes juridiquement amené à conclure que les personnes morales étrangères, et, par conséquent, les sociétés commerciales, ont une

1. LAINE : *Les personnes morales en droit international privé*, CLUNET, 1893, page 277.

2. Avis du Conseil d'État du 12 janvier 1854. DALLOZ, 1856, 3, 16.

existence légale en France. Tel est le principe ; mais il serait dangereux de l'appliquer sans restrictions. Les associations de commerce ne meurent pas comme les individus et elles peuvent avoir une durée qui dépasse de beaucoup celle de la vie humaine. En outre, elles acquièrent souvent une puissance considérable dont la ruine ne manquerait pas de compromettre momentanément le crédit général. Enfin les opérations auxquelles elles se livrent dans un pays ne sont pas toujours en harmonie avec les règles d'ordre public en France. Ces considérations nous permettent d'apporter quelques tempéraments au principe que nous avons admis. C'est ainsi que nous refusons aux sociétés étrangères légalement existantes dans leur pays le droit d'agir sur notre territoire, si des associations françaises de la même nature sont interdites par notre législateur. Certaines incapacités frappent-elles nos sociétés ? Ces mêmes incapacités s'appliqueront également aux sociétés étrangères.

Au cours de cette étude, nous aurons à rechercher le sort que notre loi positive a fait aux sociétés commerciales étrangères, qui veulent plaider devant les tribunaux français, et si nous ne sommes pas en droit d'attendre des réformes utiles, en nous inspirant sur ce point des progrès réalisés par les législations européennes. Le premier chapitre aura trait à ces diverses questions.

Puis, dans un deuxième chapitre, nous examinerons, si des dispositions législatives n'ont pas réservé une si-

tuation plus avantageuse aux sociétés de certains pays.

Enfin, le troisième chapitre concernera les traités diplomatiques, qui ont pu déroger au droit commun en cette matière.

CHAPITRE PREMIER

RÈGLES GÉNÉRALES DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX
FRANÇAIS A L'ÉGARD DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES
ÉTRANGÈRES QUI N'ONT ÉTÉ L'OBJET NI D'UNE LOI, NI
D'UN DÉCRET, NI D'UN TRAITÉ.

On divise généralement les sociétés commerciales en deux catégories, les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Les premières, qui comprennent les associations en nom collectif et celles en commandite simple ou par intérêts, sont celles où les associés prennent en considération les qualités personnelles de chacun d'eux. Dans les autres, ce sont les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes, on en fait abstraction pour ne tenir compte que du capital versé par chaque actionnaire (1). Il suit de là, que les unes ne sauraient comprendre un grand nombre d'associés, ni réunir des

1. Une réserve doit cependant être faite en ce qui concerne les sociétés en commandite par actions qui réunissent les deux caractères. La commandite par actions constitue, en effet, une société de personnes pour les commandités et une société de capitaux pour les commanditaires.

capitaux considérables, tandis que les autres font le plus souvent appel, pour la constitution d'un capital social important, à un public nombreux. Aussi les opérations, auxquelles elles sont susceptibles de se livrer, sont-elles généralement fort importantes et se poursuivent dans le cours de longues années. Par contre, les risques que courent les capitalistes sont plus graves et on conçoit que le législateur ait pris des mesures pour les limiter.

Ces mesures ne concernent évidemment que les sociétés nationales. Faut-il en conclure que les actionnaires français des sociétés étrangères, qui font des opérations en France, restent sans protection ? Devons-nous, en conséquence, reconnaître à ces dernières le droit de poursuivre devant nos tribunaux l'exécution des contrats qu'elles ont passés avec des Français ? Nous ne pouvons répondre à ces questions sans faire des distinctions entre les diverses sociétés que nous avons énumérées.

Il est à remarquer que le code de commerce de 1807 ne contenait aucune disposition relative à la compétence des tribunaux français à l'égard des sociétés étrangères. La doctrine et la jurisprudence ont dû suppléer à son silence et faire application en cette matière à défaut de textes précis, des principes généraux du droit. Il en est résulté un regrettable défaut d'unité dans l'interprétation et un manque absolu de sécurité pour les associations étrangères.

Toutefois nous devons reconnaître que jamais on n'a contesté aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite simple le droit d'agir en France et sur ce point la jurisprudence, l'administration et les auteurs ont

toujours été d'accord. Cela tient aux nombreuses garanties dont elles sont entourées et qui consistent en particulier dans l'obligation illimitée et solidaire de tous les associés, dans les sociétés en nom collectif et des commandités dans les sociétés en commandite. Ajoutez à cela que ces deux formes de sociétés se prêtent mal aux grandes entreprises et qu'en conséquence les risques sont moins grands pour les associés et la jurisprudence libérale dont elles bénéficient s'expliquera d'elle-même. Aucun texte ne s'oppose à ce qu'elles jouissent en France des droits qui leur sont reconnus par leurs lois nationales et d'un autre côté les principes d'ordre public ne mettent pas obstacle à ce que nos tribunaux tranchent les procès qui leur sont soumis, Du reste, l'intérêt du commerce exige qu'il en soit ainsi, puisque le refus d'admettre les sociétés étrangères à ester en justice en France serait de nature à motiver des mesures de représailles de la part de nos voisins. Ces considérations suffisent pleinement à justifier la jurisprudence, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir la Coutume (1). Sans doute la Coutume confirme un état de fait existant, mais sans le mettre à l'abri d'un revirement de jurisprudence, tandis qu'en notre matière le droit reconnu aux sociétés étrangères repose sur un fondement juridique, qui en assure la perpétuité. De plus, la loi du 30 mai 1857, en laissant en dehors de ses termes les associations qui n'ont pas besoin d'une autorisation dans leur pays pour se constituer, a donné une base légale à l'opinion universellement accep-

1. WEISS, *Traité élémentaire de droit international*, page 151.

tée. C'est là ce qu'a mis en relief le rapporteur de la loi au Corps législatif lorsqu'il a dit : « La loi laisse en dehors de son action les sociétés collectives, en commandite, ou autres, représentées par un ou plusieurs directeurs gérants ou actionnaires responsables, dont elles portent le nom, elle s'applique particulièrement aux sociétés anonymes auxquelles, par un motif de prudence facile à justifier, on a joint les autres associations qui, sans être anonymes, sont néanmoins soumises à l'autorisation préalable comme intéressant l'ordre, la morale et la sécurité publics. Quant aux autres sociétés, la loi que nous préparons ne saurait les atteindre... (1) ».

Il s'en faut que la même unanimité se retrouve, lorsqu'il s'agit de déterminer les droits des sociétés par actions et jusqu'en 1857 les opinions les plus contradictoires se sont donné libre cours.

Le système de la jurisprudence était le plus libéral. Il permettait à toutes les sociétés étrangères par actions, d'agir en France sans autorisation préalable. A l'appui de cette manière de voir, les tribunaux faisaient valoir qu'ils se conformaient aux principes du droit international, en reconnaissant une existence légale aux sociétés que leur loi nationale avait elle-même créées. Les lois personnelles, disait-on, suivent les individus, quel que soit le lieu où ils se trouvent, et il n'y a aucune raison de soustraire à cette règle les sociétés par actions. L'avis du Conseil d'Etat du 12 janvier 1854, auquel nous avons déjà fait allusion, semble consacrer l'opinion de la jurisprudence,

1. DALLOZ, 1857, 4. 77.

quand il permet à un établissement public étranger de recevoir des dons et legs de biens situés sur notre territoire. Enfin, l'intérêt du commerce, faisait-on observer, implique plus encore pour les sociétés de capitaux que pour les sociétés de personnes l'obligation où se trouvent nos tribunaux de se déclarer compétents.

Ces arguments ne sont pas sans valeur et nous les sou-tiendrions à notre tour, s'ils n'étaient combattus par les raisons les plus sérieuses. S'il est généralement reconnu que les étrangers restent soumis à leur loi nationale, on ne doit cependant pas faire abstraction d'un autre principe, qui l'emporte sur celui de la personnalité des lois, en vertu duquel l'application d'une loi étrangère n'est admise sur notre territoire, que si elle n'est pas en opposition avec une règle d'ordre public absolu. Ce principe a été expressément consacré par le législateur dans l'article 3 du code civil et il est tellement formel que les intérêts les plus légitimes du commerce ne doivent pas trouver grâce devant lui. Tel était l'argument invoqué par l'opinion qui soutenait que les sociétés étrangères par actions étaient sans droits pour ester en justice en France et il est sans réponse. Le législateur de 1807, plein de méfiance pour les sociétés anonymes, avait subordonné leur constitution à l'autorisation préalable du gouvernement (1). Cette disposition constituait assurément une règle de police et de sûreté applicable aux étrangers comme aux nationaux. Les travaux préparatoires en font foi et les paroles prononcées à ce sujet

1. Article 37 du Code de Commerce.

par *Cambacérès* sont décisives: « L'ordre public » disait-il, « est intéressé dans toute société qui se forme par actions, parce que, trop souvent, ces entreprises ne sont qu'un piège tendu à la crédulité des citoyens » (1). Il faut bien reconnaître, en effet, suivant l'observation d'un auteur, quasi les sociétés anonymes sont un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises, trop souvent des associations mal combinées dans leur origine et mal gérées dans leurs opérations ont compromis la fortune des actionnaires, altéré momentanément le crédit général, mis en péril la tranquillité publique. Ce n'est donc pas sans motifs sérieux, que le législateur a pris des mesures destinées à protéger l'épargne française tant contre les opérations des sociétés nationales que contre les agissements des sociétés étrangères.

En ce qui concerne l'avis du Conseil d'Etat du 12 janvier 1854, l'opinion contraire lui fait dire autre chose que ce qu'il dit réellement. De ce qu'il reconnaît l'existence en France des établissements d'utilité publique étrangers et leur permet de recevoir des dons et des legs, il ne s'ensuit pas que les sociétés anonymes puissent agir sur notre territoire. Nous avons admis nous-même que les personnes morales étrangères conservaient leur existence en dehors de leur pays, mais c'est à la condition qu'aucun principe d'ordre public ne fût violé et ce serait violer la disposition de l'article 37 du code de commerce que d'admettre les sociétés anonymes étrangères à ester en justice en France sans l'autorisation de notre gouvernement.

1. LOCRÉ, Tome XVI. Séance du Conseil d'Etat du 15 janvier 1807.

Tels étaient les arguments invoqués par l'administration qui, à maintes reprises, a affirmé son droit d'accorder ou de refuser aux sociétés étrangères l'autorisation de faire des opérations en France. Ainsi une compagnie anglaise d'assurances contre l'incendie, désignée sous le nom de compagnie du Phénix, qui se proposait d'assurer des immeubles situés dans notre pays, fut empêchée de le faire par le Ministre de l'Intérieur qui se refusa à l'apposition de plaques appartenant à cette société. Il est vrai que l'administration avait à sa disposition peu de moyens efficaces pour mettre fin aux opérations des compagnies étrangères, comme le faisait très justement remarquer le Ministre du commerce en 1845 à la chambre de commerce de Gray et la seule sanction possible lui faisait défaut, puisque la jurisprudence était unanime à consacrer le droit de ces compagnies. Mais la doctrine soutenue par elle, était la plus conforme aux principes (1) : la loi du 30 mai 1857 lui donna raison.

Cette loi, que nous étudierons en détail dans notre chapitre II, dispose, en effet, que seules peuvent agir en France et ester en justice les sociétés anonymes et les autres associations commerciales étrangères qui sont soumises à l'autorisation dans leur pays et qui l'ont obtenue et pour lesquelles un décret général d'habilitation aura été rendu par le gouvernement français. Par un argument *a contrario* très puissant, nous sommes en droit de contes-

1. La même doctrine a été soutenue par LYON-CAEN, *loc. cit.* pages 15 et s. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, pages 782 et s. LAINÉ, à son Cours de 1893-1894.

ter la faculté de plaider devant nos tribunaux à un certain nombre de sociétés étrangères que nous repartirons en trois groupes : 1^o les sociétés anonymes ou en commandite par actions, qui se constituent librement dans leur pays et qui n'ont pas obtenu un décret individuel d'autorisation de notre gouvernement ; 2^o les sociétés de même nature appartenant à des pays où elles sont soumises au système de l'autorisation (ou au système de la réglementation légale depuis la loi du 24 juillet 1867) et qui ne sont pas en mesure de justifier qu'un décret général d'habilitation a été rendu en leur faveur ; 3^o les sociétés de la nature des tontines et les compagnies d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, à moins qu'elles n'aient obtenu un décret spécial conformément à l'article 66 de la loi du 24 juillet 1867, qui soumet encore ces diverses sociétés au système du décret. Il suffirait d'un décret général, si les sociétés dont nous venons de parler étaient assujetties dans leur pays au régime de l'autorisation préalable, car elles rentreraient alors pleinement dans les termes de la loi de 1857 et leur situation, en France, ne serait pas plus avantageuse que la situation réservée à nos sociétés nationales de même nature (1).

En présence des termes impératifs de la loi de 1857, les tribunaux sont revenus sur leur jurisprudence antérieure, « plus généreuse qu'exacte (2). » Dès 1860, un arrêt de

1. Ces diverses solutions ne sont pas admises par tous les auteurs dans les termes que nous avons présentés. Nous examinerons les controverses auxquelles elles donnent lieu dans les chapitres II et III.

2. Rapport de M. Bertrand. DALLOZ, 1857, 4, 77.

la Cour de Cassation décide, que si la disposition de l'article 15 du Code civil s'applique aux personnes morales comme aux personnes physiques, ce n'est qu'autant que ces personnes morales ont une existence conforme aux prescriptions de la loi française ; qu'ainsi les sociétés anonymes étrangères, quoique régulièrement constituées dans leur pays, ne sont pas recevables à ester en justice en France, si elles n'ont pas été autorisées par le gouvernement français (1). Cet arrêt a fait jurisprudence (2) et la plus grande majorité des auteurs a adopté la même manière de voir (3). Nous devons cependant signaler une opinion restée à peu près isolée, d'après laquelle les sociétés étrangères, quelle que soit leur forme, auraient conservé après la loi de 1857 le droit, que la jurisprudence leur reconnaissait auparavant, d'agir en justice devant nos tribunaux (4). D'après elle, la loi de 1857 n'aurait eu d'autre but que de mettre les sociétés étrangères à l'abri d'un revirement de jurisprudence. Mais, bien qu'elle puisse invoquer en sa faveur un passage du rapport fait au Corps législatif (5), cette opinion, manifestement contredite par les termes mêmes de la loi de 1857, ne saurait être sérieusement soutenue. Elle est combattue en particulier par

1. Cour de Cassation, 1^{er} août 1860, DALLOZ, 1860, 1,444.

2. Des arrêts très nombreux ont été rendus en ce sens. Le dernier que nous ayons relevé est un arrêt de la Cour de Paris du 1^{er} juillet 1893, CLUNET, 1893, page 1205.

3. LYON-CAEN, *loc. cit.*, page 114. WEISS, *loc. cit.*, page 157. LAINÉ, à son cours.

4. ALAUZET. *Commentaire du Code de commerce*, tome I, nos 631 et 636.

5. Rapport de M. Bertrand. DALLOZ, 1857, 4, 76.

MM. *Aubry et Rau* qui disent notamment : « Quant aux sociétés ou autres associations commerciales, industrielles ou financières, même régulièrement établies en pays étranger, elles ne sont admises à exercer, en qualité de personnes morales, leurs droits en France et à y ester en justice comme demanderesses qu'autant qu'elles ont été reconnues par décret rendu en Conseil d'Etat ou par un traité diplomatique (1). » Nous croyons même que l'incompétence des tribunaux français en cette matière est une incompétence d'ordre public absolu. Il en résulte notamment que les tribunaux doivent d'office se déclarer incompétents, que le défendeur est sans qualité pour renoncer à cette fin de non-recevoir et que celle-ci peut être opposée même pour la première fois devant la Cour de Cassation. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Paris le 1^{er} juillet 1893. Un des considérants est ainsi conçu : « Considérant que la Banque d'Alsace-Lorraine se trouvant dépourvue d'existence légale en France, les premiers juges étaient en droit de se refuser même d'office à statuer sur une demande formée par une société dont la personnalité morale n'était pas reconnue (2). » Reconnaissons toutefois que des décisions judiciaires récentes ont appliqué les principes contraires. Ainsi, il a été jugé que l'exception d'incompétence dont il est ici question ne pouvait pas être opposée pour la première

1. AUBRY et RAU : *Cours de droit civil français*, 4e éd., tome I, n° 54 et note 23, page 188.

2. CLUNET, 1893, page 1204. En ce sens MOUTIER : *Du droit pour les Sociétés commerciales étrangères d'ester en justice en France*. CLUNET, 1894, page 954.

fois devant la Cour Suprême (1), qu'elle ne pouvait plus l'être par le défendeur, qui avait accepté le débat en concluant au fond et en se portant reconventionnellement demandeur même dans une instance connexe ou non connexe pourvu qu'elle eût pour fondement les mêmes causes (2).

Une question des plus débattues est celle de savoir si les mêmes règles s'appliquent aux sociétés étrangères, dont l'existence légale ne saurait être admise en France, lorsqu'elles plaident devant nos tribunaux comme défenderesses. L'affirmative a trouvé quelque crédit auprès de certains auteurs (3) et de 1857 à 1863 plusieurs décisions judiciaires ont été rendues dans le même sens (4). On invoque le texte même de la loi de 1857, qui dit en termes formels qu'un décret sera nécessaire pour que les sociétés étrangères soient habilitées « à ester en justice en France » et cette expression, dit-on, comprend à la fois le droit d'attaquer et celui de se défendre. On ajoute que le système contraire entraînerait une contradiction flagrante, car on ne peut pas dire qu'on existe et qu'on

1. Cour de Cassation, 12 juillet 1893. CLUNET, 1893, page 1204.

2. Cour de Paris, 22 décembre 1892. CLUNET, 1893, page 588. Tribunal de commerce de la Seine, 7 octobre 1891. CLUNET, 1891, page 1243.

3. BALLOT. *Revue pratique de droit français*, 1861, tome XVII, page 90. CHERVET, thèse, Paris 1886.

4. Cour d'Aix 17 janvier 1861. DALLOZ, 1861, 2, 117. Cour de Rouen, 26 juin 1862. SIREY, 1863, 2, 353. Cour de Paris, 15 mars 1863. DALLOZ, 1863, 2, 83.

n'existe pas. M. *Ballot* s'exprime ainsi : « Nous comprenons qu'on enseigne tout l'un ou tout l'autre, c'est-à-dire qu'on reconnaisse ou qu'on refuse absolument à la société étrangère, demanderesse ou défenderesse, le droit de plaider devant nos tribunaux. Dans le premier cas, ce serait l'intérêt du commerce, de l'industrie, de l'assimilation des peuples qui prédominerait, dans l'autre, ce sera la loi seule qui dictera la solution. Mais nous ne comprenons pas qu'on dise aux mêmes sociétés : « Vous existez et vous n'existez pas. » Elles sont ou ne sont pas. Elles ne peuvent pas être à la fois capables et incapables (1). »

Au premier abord, l'argumentation ainsi présentée semble sans réplique ; mais après un examen attentif elle perd beaucoup de sa force. La conclusion à laquelle nous nous arrêtons n'est pas aussi contradictoire qu'on l'affirme. S'il est vrai qu'on doit dénier aux sociétés étrangères non autorisées toute existence légale, quel que soit leur rôle dans l'instance, il n'en résulte pas nécessairement qu'une existence de fait leur manque. Elles se sont livrées sur notre territoire à des opérations multiples, elles ont pris des engagements envers nos nationaux ; ce sont là autant de faits dont il faut tenir compte. Il serait d'ailleurs injuste qu'une société étrangère s'abritât derrière une irrégularité, qui est son propre fait, pour se soustraire à une poursuite légitime. Il ne tenait qu'à elle de se conformer aux prescriptions de la loi de 1857 et d'acquérir par là le droit d'agir en justice comme demanderesse. Notre éminent maître, M. *Lyon-Caen*, dit à ce

1. *BALLOT. Loc. cit.*, page 95.

sujet : « Les sociétés étrangères qui ne sont pas munies de l'autorisation de notre gouvernement ont commis une négligence, qui ne saurait les soustraire sans injustice à leurs obligations. Il est donc impossible de ne pas permettre à des Français de les actionner en France. Mais, d'un autre côté, si ces sociétés étaient capables d'agir en France contre des Français, il n'y aurait pas de différence réelle entre elles et les sociétés étrangères qui ont été dûment autorisées. Car, comme nous l'avons dit, le gouvernement français n'a pas de moyen direct d'empêcher une société étrangère de faire des opérations sur notre territoire » (1). Cette même solution a été consacrée pour les sociétés françaises qui se sont constituées illégalement. La jurisprudence leur refuse le droit d'actionner en justice les personnes dont elles se prétendent créancières ; mais la nullité qui leur est opposable ne saurait les couvrir et elles peuvent être assignées comme défenderesses (2).

La plupart des auteurs enseignent la même doctrine que M. *Lyon-Caen* (3) et de leur côté les tribunaux en ont fait maintes fois l'application, après avoir adopté l'opinion contraire. Un arrêt de la Cour de Rouen du 23 novembre 1863, a déterminé l'évolution de la jurisprudence sur ce point. La Cour de Cassation appelée, le 14 novembre 1864, à trancher la même question, s'est

1. LYON-CAEN. *Loc. cit.*, p. 121.

2. Cour de Cassation, 13 mai 1862. SIREY, 1862, 1, 825.

3. LAINÉ, à son Cours, 1893-1894. LESCŒUR : *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales*, n° 150.

prononcée dans ce dernier sens et son arrêt a définitivement fixé la jurisprudence (1).

Il convient de remarquer toutefois que le droit pour le Français de traduire en justice une société étrangère autorisée ou non à agir en France n'est pas absolu et que la disposition de l'article 14, qui le consacre, n'est pas une disposition d'ordre public international. Il suit de là, que le Français peut renoncer au bénéfice que cet article lui confère et une telle renonciation résulte, soit de la clause compromissoire insérée dans le traité (2), soit de la clause par laquelle le Français s'est soumis d'avance à la juridiction étrangère et aux règles de procédure qui lui sont propres (3). Mais il est nécessaire que les faits, sur lesquels on base la renonciation du Français à se prévaloir de l'article 15, soient pertinents et qu'ils manifestent une intention formelle à cet égard. Nous croyons notamment qu'elle ne saurait s'induire de ces circonstances que des Français auraient fondé une société commerciale en pays étranger (4), ou qu'une ville étrangère a été choisie comme lieu du paiement des souscriptions (5).

1. DALLOZ, 1863, V. au mot société, n° 16. DALLOZ, 1864, 1, 466. Nous admettons cette théorie avec toutes ses conséquences et nous reconnaissons à une société étrangère actionnée en France comme société de fait le droit de former une demande reconventionnelle contre le demandeur et celui d'appeler un tiers en garantie.

2. Nous aurons à examiner dans la deuxième partie la validité de la clause compromissoire.

3. Cour de Cassation, 24 août 1869, DALLOZ, 1869, 1, 500. Cour de Paris, 7 déc. 1893, DALLOZ, 1895, 2, 45.

4. Cour de Pau, 8 juin 1891, DALLOZ, 1892, 2, 91.

5. Cour de Paris, 9 mars 1887 : DALLOZ, 1889, 2, 89.

C'est, du reste, aux juges du fond qu'il appartient d'apprécier souverainement les faits qui sont de nature à entraîner cette renonciation. Mais si c'est un droit pour le Français de renoncer au bénéfice de l'article 14, c'est aussi un droit pour lui, lorsqu'il est actionné en France par une société étrangère capable d'agir en justice, de revendiquer la juridiction étrangère dans le cas où elle est compétente d'après les statuts. Le Français est le seul juge de son intérêt et c'est son droit de faire respecter par nos tribunaux la clause des statuts en vertu de laquelle toutes les contestations sociales doivent être soumises à la juridiction étrangère (1).

Il reste à déterminer le tribunal français compétent pour statuer dans une instance engagée par un de nos nationaux contre une société étrangère. Cette question n'est plus du domaine du droit international, elle relève du droit interne, mais son importance même en cette matière, exige que nous ne la passions pas sous silence. Il n'y a pas de difficulté si la société étrangère a son siège social en France (ce qui n'implique pas qu'il s'agisse d'une société française); car, en vertu de l'article 59, § 5 du Code de procédure civile, elle doit être assignée « devant le juge du lieu où elle est établie. » S'agit-il d'une société dont le siège social est en pays étranger, mais qui sur le territoire français possède une agence ou

1. Cour de Rennes, 15 fév. 1892 : VINCENT, *Revue pratique de Droit int. privé*, 1891-1892, page 183. Cour de Paris, 7 déc. 1893 : *Le Droit* des 16-17 avril 1894 (Note de M. Lachau).

une succursale, l'existence de cette succursale suffit, si elle présente d'ailleurs les caractères d'une résidence légale, pour que le demandeur français doive saisir le tribunal du lieu où elle est établie (1). Mais cette résidence ne saurait résulter de la présence dans une ville d'un agent ou d'un courtier plus spécialement chargé de veiller aux intérêts de la société (2), et il faut qu'il s'agisse réellement d'une succursale ou d'un bureau d'affaires. La compétence du tribunal ainsi déterminée s'étend alors sur les affaires qui se sont passées non-seulement dans le ressort de la succursale, mais même en dehors. Ainsi le Tribunal de commerce de la Seine, le 26 mars 1887, et la Cour de Paris, le 1^{er} août 1888, se sont successivement déclarés compétents pour connaître des conséquences d'un abordage survenu dans le port de Curaçao par la faute d'un navire appartenant à la Compagnie Hambourgeoise (3).

La question devient plus délicate si la société étrangère dont le siège social est hors de France, n'a pas non plus sur notre territoire de succursale attributive de juridiction. Il serait injuste de permettre au demandeur de fixer arbitrairement le tribunal qu'il lui plaira de choisir. Nous croyons plus conforme à l'équité, sans que cela soit con-

1. Cour de Rouen, 1^{er} avril 1882, DALLOZ, 1882, 2, 92. Cour de Cassation, 4 mars 1885, DALLOZ, 1885, 1, 353. Cour de Paris, 31 janvier 1891, *le Droit* du 18 avril 1891.

2. Cour d'Appel de Bruxelles, 19 juin 1894, CLUNET, 1895, nos 1 et 2, page 166. Haute Cour de Justice d'Angleterre, 2 fév. 1892, CLUNET, 1893, page 1235.

3. *Le Droit* du 20 octobre 1888.

traire aux principes généraux du droit, d'attribuer compétence au tribunal du domicile du demandeur ou de sa résidence. Si celui-ci n'avait en France ni domicile ni résidence, il aurait alors le choix entre les divers tribunaux de France, mais la société défenderesse serait en droit de décliner la compétence du tribunal, si le choix du demandeur n'avait été guidé que par le désir de rendre plus difficile la défense ou d'augmenter les frais.

Dans les pages qui précèdent, nous nous sommes efforcé de mettre en lumière les principes qui régissent la compétence des tribunaux français à l'égard des sociétés commerciales étrangères et de déterminer le droit commun en cette matière. Il est bon, avant de porter une appréciation sur notre législation, de rechercher les dispositions des lois étrangères relatives à notre sujet : nous allons les passer en revue en les répartissant en deux groupes. Le premier comprendra les législations qui se rapprochent le plus de la nôtre ; le second, les législations les plus libérales.

Premier groupe : Brésil, Grèce, Luxembourg, Russie, Suisse.

Au Brésil, si les sociétés de personnes peuvent fonctionner librement, il n'en est pas de même des sociétés anonymes qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement. Cette autorisation subsiste d'ailleurs pour les sociétés nationales dont l'objet de leur activité industrielle et commerciale est la fourniture des substances alimentai-

res. Elles doivent, en outre, remplir certaines conditions de publicité, et déposer à la junta commerciale l'acte constitutif de la société, la liste nominative des souscripteurs, le certificat du dépôt du 1/10 du capital social, et procès-verbal de l'Assemblée constitutive (1).

La législation hellénique contient un article 37, inséré dans le code de commerce, qui est rédigé dans les mêmes termes que notre article 37 et sur lequel les tribunaux se fondent pour refuser aux sociétés étrangères le droit d'ester en justice sans l'autorisation du gouvernement. Cette jurisprudence rigoureuse, conforme cependant aux textes, ne concerne que les sociétés de capitaux (2).

Les mêmes principes régissent les sociétés étrangères dans le duché de Luxembourg, dans lequel le droit d'ester en justice est subordonné à l'obtention d'un arrêté grand ducal (3).

En Russie, il est communément admis que les sociétés en commandite et en nom collectif peuvent agir devant les tribunaux ; mais ce droit est refusé aux sociétés anonymes qui ne sont pas en mesure de se prévaloir d'une loi ou d'un traité. De plus, aucune société étrangère ne peut faire ses opérations dans l'empire russe, si elle n'y a été autorisée par décret impérial et encore ce décret contient-il la clause suivante : « La société ne pourra acquérir ou louer des immeubles en Russie qu'en se conformant aux lois russes et pour ses besoins réels qui devront

1. CLUNET, 1895, nos 1 et 2, page 81.

2. JEAN EUCLIDÈS, CLUNET, 1889, page 59.

3. WEISS. *Le droit de l'étranger*, page 491.

être constatés par l'autorité provinciale compétente » (Oukase du 14 mars 1887) (1).

En ce qui concerne la législation suisse, « il n'y a », dit M. *Roguin*, « aucune loi ni aucune mesure fédérale reconnaissant formellement aux sociétés françaises le droit d'ester en justice..... Elles vivent, en réalité, sous le bon plaisir de la jurisprudence (2). » Il y a même tout lieu de croire que les sociétés étrangères sont, en principe, incapables d'agir devant les tribunaux helvétiques, puisque certains traités ont été conclus sur ce point entre la Suisse et d'autres Etats (3).

Deuxième groupe : Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Hollande, Hongrie, Italie, principauté de Monaco.

Dans les Etats de l'Allemagne (sauf en Alsace-Lorraine où la loi française du 30 mai 1857 est encore en vigueur), on reconnaît aux sociétés étrangères, anonymes ou autres, le droit d'ester en justice et d'y faire des opérations isolées. Mais quand une société veut exercer d'une manière permanente son industrie en Allemagne, elle tombe sous le coup du § 12 de la *Gewerbeordnung* qui réserve expressément à la législation particulière de chaque Etat le droit

1. REVEL. *De la situation légale des étrangers en Russie*, le *Droit* du 22 octobre 1893.

2. ROGUIN : *Conflits des lois suisses*, page 477.

3. Traités du 22 novembre 1888, art. 8, aujourd'hui dénoncé avec l'Autriche, du 23 janvier 1889, art. 14, également dénoncé avec l'Italie, du 3 juillet 1889, art. 2, avec la Belgique. WEISS, *loc. cit.*, page 519 et note 1.

de décider s'il est besoin d'une autorisation (1). Ainsi, dans le royaume de Prusse (art. 18 de la loi du 22 juin 1868) en Bavière (art. 2, 3°, de la loi du 30 janvier 1868) et en Saxe Altenbourg (art. 2, de l'ordonnance du 17 septembre 1869) le droit de se livrer à des opérations consécutives ou d'y fonder une succursale est subordonné à une autorisation administrative (2).

Dès 1734, la jurisprudence anglaise s'est montrée libérale. Elle a permis, à cette époque, à une société hollandaise, d'agir comme demanderesse devant les tribunaux britanniques après avoir justifié son existence légale dans les Pays-Bas. En 1871, la Cour du Banc de la Reine s'est prononcée dans le même sens vis-à-vis d'une société défenderesse. On peut donc dire que les sociétés étrangères ont libre accès devant les tribunaux anglais et qu'aucune loi ne limite leur droit (3).

Aucune autorisation spéciale n'est requise des sociétés étrangères, quelle que soit leur forme, qui veulent ester en justice en Autriche. C'est ce qu'a jugé la Cour suprême de Vienne, le 10 octobre 1888. L'ordonnance du 29 novembre 1865 ne les soumet à une autorisation individuelle, qu'autant qu'elles entendent se livrer à des opérations commerciales sur le territoire autrichien (4).

1. BING : *La Société anonyme en droit allemand*, pages 38 et 39.

2. WOLFF : *De la condition légale des sociétés étrangères en Allemagne*. CLUNET, page 140.

3. ALDERSON FOOTE. *De la condition légale des sociétés étrangères en Angleterre*. CLUNET, 1882, page 465.

4. LYON-CAEN et RENAULT. *Loc. cit.*, page 829. WEISS. *Loc. cit.*, page 504, note 4.

Une des législations les plus libérales est assurément la législation belge ; l'article 128 de la loi du 18 mai 1873 porte que : « Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières constituées et ayant leur siège en pays étranger pourront faire leurs opérations et ester en justice en Belgique ». Pour qu'il en soit ainsi, deux conditions sont nécessaires et suffisantes : 1° La société est valablement constituée dans son pays ; 2° Elle a son établissement principal en pays étranger. Cette dernière condition est destinée à prévenir la fraude. Elle empêche une société qui se propose de faire des opérations uniquement en Belgique de se soustraire à la loi belge, en se constituant à l'étranger (1).

La loi danoise est muette sur la question qui nous occupe, mais la jurisprudence accorde très largement aux sociétés étrangères le droit d'ester en justice. Il est même à remarquer qu'elles n'ont pas à fournir la caution *judicatum solvi*, lorsqu'elles agissent comme demandereses, et que la société qui veut plaider n'a pas à prouver qu'elle est légalement existante dans son pays. C'est à son adversaire à détruire cette présomption (2).

En Espagne, l'article 15 du code de commerce reconnaît implicitement aux sociétés fondées à l'étranger le droit d'agir en justice, puisqu'il les soumet aux dispositions du code qui sont relatives à la compétence des tribunaux espagnols.

1. P. NAMUR, CLUNET, 1877, page 381. GUILLERY, CLUNET, 1883, page 225.

2. HEIDENBURG. *Situation légale des sociétés étrangères en Danemark*, CLUNET, 1884, p. 35.

Aux États-Unis, la jurisprudence, après avoir été rigoureuse, se montre plus libérale en se basant sur le quinzième amendement à la Constitution qui garantit une protection égale à toute personne, et ce motif peut être invoqué par toute association valablement constituée. Telle a été la décision de la Cour de Circuit des États-Unis le 1^{er} août 1887 (1).

Dans le but de mettre fin aux contradictions que révélaient les décisions des tribunaux Hollandais, le Ministre de la justice, M. *Boot*, déposa en 1859 un projet de loi qui devait interdire le libre accès des tribunaux aux sociétés étrangères. Ce projet fut repoussé le 17 mai 1859 par 50 voix contre 9. Du reste le 23 mars 1856, la Cour de Cassation des Pays-Bas saisie de la question s'était prononcée en faveur de la capacité pour les sociétés étrangères d'ester en justice sans l'autorisation du roi (2).

La législation hongroise n'édicte aucune restriction en ce qui concerne le droit reconnu aux sociétés fondées à l'étranger de plaider, soit comme demanderesses, soit comme défenderesses. Certaines mesures sont seulement prises à leur égard, pour assurer la publicité de leurs statuts, dans le cas où elles voudraient établir une succursale en Hongrie (3).

L'article 3 du code italien du 25 juin 1865 a tranché la

1. CLUNET, 1890, p. 372.

2. MOLENGRAAFF. *De la condition légale des sociétés étrangères dans les Pays-Bas*, CLUNET, 1888, p. 619.

3. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, p. 830.

question dans un sens très libéral. Il est ainsi conçu : « L'étranger est admis à jouir des droits civils attribués aux citoyens », et cette disposition s'applique aux personnes morales aussi bien qu'aux individus, ainsi que l'a décidé la Cour de Cassation de Turin le 18 novembre 1882. En outre, l'article 230 du Code de commerce de 1882 a spécialement reconnu l'existence légale des sociétés étrangères en Italie et en conséquence le droit pour elles de saisir les tribunaux de leurs contestations. Il ne fait d'ailleurs que reproduire la disposition de l'article 128 de la loi belge du 18 mai 1873 (1).

Quant à la législation monégasque, elle est aussi très large. L'administration et les tribunaux sont d'accord pour permettre à toute société étrangère, légalement constituée dans son pays, d'exercer tous ses droits dans la Principauté. Cette solution peut surprendre et ne se concilie guère avec les dispositions de la loi monégasque, car celle-ci fait une distinction entre les sociétés nationales de personnes et de capitaux, ces dernières étant incapables de se constituer sans l'autorisation du gouvernement (2).

Cette étude de droit comparé n'est pas sans nous éclairer sur les côtés defectueux de notre législation. Il y a lieu tout d'abord de s'étonner qu'une société étrangère,

1. CONTUZZI, CLUNET, 1892, p. 1109. Bing, *La Société anonyme en Italie*, Thèse, Genève, 1887.

2. DE ROLLAND, CLUNET, 1890, p. 244.

régulièrement constituée dans son pays, ne puisse de plein droit ester en justice devant les tribunaux français. Du moment que l'existence légale des personnes morales créées hors de nos frontières est reconnue, on doit les assimiler aux individus et décider que l'article 15 du Code civil les comprend dans ses termes. Nous défendons de cette manière les intérêts du commerce dont les tendances cosmopolites s'affirment chaque jour et notre marché ne fera que profiter d'une législation plus libérale qui assurera à toute société étrangère la protection à laquelle elle a droit. Mais s'il convient de reconnaître aux sociétés commerciales étrangères, quelle que soit la forme qu'elles revêtent, la faculté de s'adresser à nos tribunaux pour obtenir justice, il ne faut pas leur accorder sans réserves le droit de fonder des succursales sur notre sol ou d'y faire des opérations suivies. Ainsi que le font très justement remarquer MM. *Lyon-Caen* et *Renault*, « le droit d'estimer en justice n'a pas les inconvénients que peuvent présenter les opérations faites par ces sociétés sur notre territoire » (1). On conçoit dès lors, que le gouvernement prenne certaines mesures afin de sauvegarder l'épargne française. Quelques législations nous ont devancés sur ce point, et nous pourrions prendre modèle sur la loi belge de 1873 ou sur le code italien de 1883, qui tout en reconnaissant aux associations commerciales étrangères le droit de plaider, ont subordonné l'établissement des succursales de ces sociétés, soit en Belgique, soit en Ita-

1. LYON CAEN ET RENAULT, *loc. cit.*, p. 826.

lie, à des mesures de publicité propres à renseigner les capitalistes sur le but de l'entreprise et sur les ressources dont elle dispose.

Le projet de loi sur les sociétés par actions déposé en 1883 donne-t-il satisfaction à ces légitimes revendications? Bien loin de là! Il marque un temps d'arrêt vers le progrès et il est de nature à soulever les plus vives critiques. L'article 90, le premier du titre consacré aux sociétés étrangères, est ainsi conçu : « Les sociétés étrangères par actions, constituées conformément aux lois de leur pays, peuvent exercer en France tous les droits accordés aux étrangers, lorsqu'un décret rendu en la forme de règlement d'administration publique aura, par mesure générale, autorisé les sociétés de ce pays à exercer tous leurs droits et à ester en justice. »

Il résulte donc de cette disposition que deux conditions sont requises des sociétés étrangères qui veulent plaider devant nos tribunaux. Ce sont : 1° Que ces sociétés aient été constituées conformément à la loi de leur pays; 2° Que les sociétés de leur pays aient été autorisées par un décret général à exercer tous leurs droits et à ester en justice en France. Si on ne peut qu'approuver la première condition, qui impose aux associations étrangères l'obligation d'exister chez elles avant de vouloir vivre chez nous, il n'en saurait être de même de la seconde. Il est cependant des auteurs qui l'approuvent. *M. Thaller* est formel : « Nous ne conseillerons pas », dit-il, « aux pouvoirs publics de reproduire la nouvelle loi belge. Cette disposition ne laisse aucune place à l'intérêt de police nationale qu'un état ne doit jamais perdre

de vue (1). » Et M. *Arthuys* ajoute : « Le législateur, en réservant au gouvernement un pouvoir de surveillance sur les sociétés étrangères par actions fonctionnant en France, n'excède pas les limites du droit et ne porte aucune atteinte au respect dû aux lois personnelles (2). »

Sans doute l'intention du projet est fort louable, puisqu'elle tend à « garantir les capitalistes français contre les agissements des sociétés véreuses (3). » Mais, d'une part, il dépasse son but, et de l'autre, il ne l'atteint pas. Il le dépasse par cette raison, que reconnaître aux sociétés étrangères le droit d'ester en justice ne compromet en rien la sécurité des capitalistes. D'un autre côté, le but poursuivi sera-t-il atteint ? Nous ne le croyons pas. Le gouvernement sollicité par une nation amie ne refusera jamais l'autorisation qui lui sera demandée. De plus, s'il est dans un pays des sociétés sérieuses, il en est d'autres qui, dans le même pays, sont loin d'offrir de solides garanties. Dans ces deux hypothèses, les intérêts français ne seront qu'imparfaitement protégés. Aussi estimons-nous qu'il vaut mieux se montrer plus libéral. C'est aussi l'opinion de la majorité des auteurs. « Il nous semblerait préférable », dit en ce sens M. *Buchère*, « et plus conforme aux principes libéraux de notre époque, d'accorder complètement aux sociétés financières ou

1. THALLER : *Revue des sociétés civiles et commerciales*, 1881, page 318.

2. ARTHUYS : *Revue critique*, 1889, page 582.

3. WEISS : *Traité élémentaire de droit international privé*, page 168.

industrielles de toutes les nations l'exercice de leurs droits en France, en les assimilant aux étrangers. Ce serait un moyen plus certain d'obtenir à titre de réciprocité, au profit de notre industrie nationale des facilités d'extension qu'aucun Etat ne pourrait refuser aux sociétés françaises (1). »

Ces considérations ont trouvé un écho dans les Chambres et un député, M. *Brice*, dans un contre-projet très étudié, a proposé la rédaction du texte suivant : « Les sociétés étrangères constituées conformément aux lois de leur pays peuvent exercer en France tous les droits accordés aux étrangers. La loi du 30 mai 1857 est abrogée » (2).

De son côté, l'Institut de droit international, dans sa session de Hambourg et sur le rapport de notre savant maître, M. *Lyon-Caen*, a adopté une rédaction à peu près identique que nous croyons utile de reproduire : « Les sociétés par actions constituées conformément aux lois de leur pays d'origine ont, sans qu'une autorisation générale ou spéciale leur soit nécessaire, le droit d'agir devant les tribunaux des autres pays » (3).

1. BUCHÈRE : *De la condition des sociétés étrangères en France, d'après le projet de loi sur les sociétés par actions*. CLUNET, 1883, page 485.

2. Proposition de lois sur les sociétés par actions présentée par M. René Brice le 14 octobre 1886.

3. *Revue de droit international*, 1891, page 396.

CHAPITRE II

LOIS ET DÉCRETS QUI SONT VENUS MODIFIER LE DROIT COMMUN.

Le droit commun applicable aux sociétés commerciales étrangères, tel que nous l'avons exposé, est loin de donner satisfaction aux intérêts du commerce, aujourd'hui que l'association est devenue un facteur puissant dans notre société moderne et qu'elle ne limite pas son activité à des entreprises exclusivement nationales. Si les sociétés étrangères étaient dans l'impuissance de faire respecter par nos tribunaux les contrats passés par elles avec des Français, elles se garderaient bien de faire des opérations sur notre territoire, et les gouvernements des autres pays ne manqueraient pas d'user de représailles. Il se produirait alors une crise économique préjudiciable à tous les intérêts et qui mettrait en péril la prospérité commerciale des divers pays. Aussi faut-il approuver le législateur, qui, par la loi du 30 mai, 1857, a reconnu de plein droit aux sociétés appartenant à un Etat voisin, la faculté de s'adresser à nos tribunaux et a permis en même temps

aux pouvoirs publics d'accorder le même privilège aux sociétés des autres pays. Mais avant de faire connaître les dispositions et la portée de cette loi, il est indispensable de rappeler les causes qui lui ont donné naissance.

Les rapports commerciaux entre la France et la Belgique ont toujours été des plus suivis et jusqu'en 1845 aucune entrave n'en brisa l'équilibre. Il semblait qu'un accord s'était fait entre la jurisprudence française et la jurisprudence belge. L'une et l'autre également libérales n'avaient jamais soulevé de difficultés sur l'existence légale des sociétés étrangères de toute nature et les tribunaux rendaient journellement des jugements dans des affaires où les associations des deux pays étaient intéressées. Cette harmonie ne devait pas persister. Une première atteinte lui fut portée le 25 novembre 1845 par une décision du juge de paix de Mons, qui dénia aux sociétés anonymes françaises toute capacité en Belgique, si elles n'étaient autorisées par le roi des Belges (1). Un jugement du Tribunal civil de Namur du 10 juin 1846 consacra la même doctrine ; mais le 20 juillet suivant le Tribunal de Gand se prononçait en sens contraire (2). La Cour de Cassation, qui n'avait pas encore été saisie de la question, fut appelée à la trancher l'année suivante. Malgré l'insistance de son procureur général qui développa ses conclusions avec un très grand talent, elle n'hésita pas à reconnaître aux sociétés anonymes françaises le droit d'estérer en justice en Belgique, déclarant qu'il ne s'agissait

1. DALLOZ, 1847, 3, 68.

2. DALLOZ, 1846, 3, 68.

que d'une question d'ordre public relatif (1). En 1849, la Cour suprême de Belgique eut à se prononcer sur le même point. Le procureur général soutint avec la même force d'argumentation la thèse qu'il avait déjà soutenue deux ans auparavant et cette fois, la Cour, toutes Chambres réunies, fit droit à ses conclusions (2).

Cet arrêt ne fut pas sans provoquer une vive émotion dans le monde des affaires tant en France qu'en Belgique et les Chambres de commerce, d'un avis unanime, demandèrent aux pouvoirs publics d'intervenir et de mettre fin à ce regrettable état de choses. Les deux gouvernements ne tardèrent pas à s'entendre et par un protocole annexé au traité de commerce franco-belge du 27 février 1854 le gouvernement belge se déclara disposé à soumettre à bref délai un projet de loi aux Chambres. C'est en exécution de ces engagements que fut votée, le 14 mars 1855, la loi belge impatiemment attendue dont il n'est pas sans intérêt de faire connaître les termes. Cette loi comprend trois articles : « Article I. Les sociétés anonymes et autres associations, commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement français, et qui l'auront obtenue, pourront exercer leurs droits et ester en justice en Belgique en se conformant aux lois du royaume toutes les fois que les sociétés ou associations légalement établies en Belgique jouiront des mêmes droits en France. Article II..... Article III. Cette réciprocité sera constatée, soit par les traités, soit

1. Cour de Cass. de Belgique, 22 juillet 1847. Dalloz, 1847. 2, 171.

2. *Pasicrisie belge*, 1849, 1, 259.

par la production des lois ou actes propres à en établir l'existence. »

Les sociétés anonymes françaises se crurent autorisées par les termes mêmes de cette loi à agir devant les tribunaux belges. Elles estimaient que les sociétés belges similaires jouissaient en France de la réciprocité, dont le législateur avait fait une des conditions, puisque la jurisprudence française n'avait jamais contesté aux sociétés étrangères le droit d'ester en justice. On leur opposa que les documents produits n'étaient pas de nature à établir l'existence de la réciprocité, telle que l'entendait l'article 3 de la loi. S'il est vrai, leur fut-il objecté, que les tribunaux français ont jusqu'ici reconnu l'existence légale des sociétés belges, il n'est pas moins certain que ces dernières ne sont nullement à l'abri d'un revirement de jurisprudence. A l'appui de ce raisonnement on faisait valoir que la jurisprudence belge, d'abord constante, avait fini par varier et que l'on pouvait s'attendre à voir la jurisprudence française changer à son tour. Les tribunaux belges se rendirent à ces raisons et se déclarèrent incompétents toutes les fois qu'une société anonyme française plaidait devant eux.

En présence d'une situation qui menaçait de s'éterniser, le gouvernement se décida à porter devant le Corps législatif une loi qui devait mettre fin aux controverses et assurer de cette façon la protection des intérêts français. Elle porte la date du 30 mai 1857 et est formulée dans les termes suivants : « Article I. Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouver-

nement belge, et qui l'ont obtenue peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'Empire.

Article II. Un décret impérial rendu en Conseil d'Etat peut appliquer à tous les autres pays le bénéfice de l'article I ».

Il résulte donc du texte même de la loi, que les sociétés de nationalité belge sont, par l'effet direct de cette loi, considérées comme légalement existantes en France, tandis que les sociétés appartenant aux autres pays ne sont appelées à jouir de leurs droits sur notre territoire que si un décret rendu conformément à l'article II les y a autorisées. Le gouvernement n'a pas craint de prodiguer ces autorisations. Voici, du reste, l'énumération des Etats qui sont en droit de s'en prévaloir :

Turquie et Egypte.....	—	Décret des	7-18 mai 1859.
Sardaigne.....	—	» »	8-22 sept. 1860.
Portugal et Luxembourg	—	» »	27 fév. 15 m. 1861.
Suisse.....	—	» »	11-18 mai 1861.
Espagne.....	—	» »	5-25 août 1861.
Grèce.....	—	» »	9-22 nov. 1861.
Etats-Romains.....	—	» »	5-17 février 1862.
Pays-Bas.....	—	» »	22 juil. 14 août 1863.
Russie.....	—	» »	25 février 1865.
Prusse.....	—	» »	19 décembre 1866.
Saxe.....	—	» »	23 mai 1868.
Autriche.....	—	» »	20 juin 1868.
Suède et Norvège.....	—	» »	14 juin 1872.
Etats-Unis.....	—	» »	6 août 1882.

On voit par cette longue énumération que la plupart des Etats, qui sont en rapports commerciaux suivis avec la France ont bénéficié d'un décret d'habilitation. Ne vaudrait-il pas mieux, en présence de cet état de choses, abroger la loi de 1857 et supprimer ainsi une barrière devenue inutile par suite des brèches qu'on y a pratiquées ?

Conditions d'application de la loi du 30 mai 1857.

La loi de 1857 ne vise pas toutes les sociétés. Elle laisse en dehors de ses termes, comme nous l'avons vu, les associations en nom collectif et en commandite simple dont l'existence légale n'est pas contestée. Deux conditions sont nécessaires pour qu'elle reçoive application : 1^o Il faut qu'il s'agisse de sociétés appartenant à un pays où elles sont soumises à l'autorisation préalable de leur gouvernement ou à un système de réglementation légale (1); 2^o Il faut qu'un décret ait été rendu par notre gouvernement. Nous allons examiner successivement ces deux conditions.

1^o La loi exige en premier lieu, que la société étrangère, anonyme ou en commandite par actions qui veut plaider en France ait été autorisée dans son propre pays. C'est là une garantie pour les intérêts français et cependant quelques auteurs, faisant une distinction entre les sociétés anonymes et les autres associations soumises à

1. Nous justifierons cette adjonction à la fin du présent chapitre.

autorisation, estiment que cette condition n'est pas requise des premières. Ils se basent sur la rédaction de l'article 1^{er}. Leur interprétation, erronée à notre sens, consiste à diviser le premier membre de phrase en une double proposition. D'après eux, sont admises à bénéficier d'un décret général d'habilitation : 1^o les sociétés anonymes étrangères soumises ou non au système de l'autorisation préalable dans leur pays ; 2^o les autres associations qui ne peuvent se constituer légalement sans cette autorisation. « Selon nous », disent MM. *Lyon Caen* et *Renault*, « la mention de l'autorisation dans l'article 1^{er} de la loi de 1857 se référerait, non aux sociétés anonymes, mais aux autres sociétés qui, d'après les lois étrangères, peuvent être soumises à l'autorisation, de telle façon que la loi de 1857 vise sans distinction toutes les sociétés anonymes étrangères des pays, dont la législation admet ou n'admet pas l'autorisation préalable » (1).

Malgré la haute autorité qui s'attache aux noms de nos éminents maîtres, nous ne pouvons nous rallier à leur interprétation. Elle est contraire à la fois au sens grammatical et à l'esprit de la loi. Comme l'a victorieusement démontré M. *Thaller*, la phrase ainsi interprétée serait incorrecte et mal construite. Voici d'ailleurs dans quels termes le savant professeur soutient la discussion :

1. LYON-CAEN et RENAULT. *Traité des sociétés*, n^o 1105, page 795. LYON CAEN, note dans *Sirey*, 1882, 2, 169. RENAULT : *Du droit des sociétés anonymes belges d'ester en justice en France : Journal des sociétés*, 1880, page 152, n. 4 et *Revue critique*, 1881, page 490.

« Je suis mon collègue et, après lui, je dédouble le texte, ce qui me donne les deux propositions suivantes :

« Les sociétés anonymes peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France.

« Les autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent, etc... »

« Les sociétés anonymes ! Qu'est-ce à dire ? Les deux mots suffisent-ils à rendre l'idée de la loi ? Non apparemment, car encore faut-il savoir la provenance et l'origine de ces sociétés anonymes. Ce sont les compagnies belges que la loi entend habiliter. Force est donc si l'on veut que la lettre de l'article réponde à la volonté de celui qui l'a rédigé et voté, de rattacher les mots sociétés anonymes à l'incidente dans laquelle la Belgique est visée.

« Je corrige donc mes deux propositions de manière à satisfaire à cette exigence de rédaction :

« Les sociétés anonymes qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent exercer, etc...

« Les autres associations, etc... »

« En d'autres termes, les sociétés sujettes à autorisation en Belgique, anonymes ou autres, peuvent plaider et contracter en France » (1).

Mais ce n'est pas seulement le sens grammatical de la phrase en discussion qui n'est pas respecté, c'est encore

1. THALLER. *Journal des sociétés civiles et commerciales*, 1882, pages 34 et 35. Dans le même sens, LAINE à son cours, 1893-1894. WEISS. *Le droit de l'étranger*, page 427.

l'esprit de la loi, ce qui est plus grave. Comment croire, en effet, que le législateur se soit montré plus favorable aux sociétés anonymes ? Est-il bien raisonnable de penser qu'il ait voulu faire un sort privilégié à des associations qui exigent les plus grandes garanties, en supprimant la nécessité d'une autorisation préalable dans leur lieu d'origine ? Nous concluons de là que les sociétés anonymes, qui se constituent librement dans leur pays, ne peuvent être appelées à bénéficier des dispositions de l'article II de la loi de 1857. C'est ainsi que certaines sociétés du Grand-Duché de Bade, qui ne sont soumises ni au système de l'autorisation, ni au régime de la réglementation légale, restent en dehors des termes de cette loi.

La difficulté qui vient d'être résolue n'est pas la seule que soulève la rédaction de la loi de 1857. Cette loi vise expressément les sociétés étrangères autorisées ; mais elle passe sous silence les associations de capitaux, anonymes ou en commandite par actions, qui se constituent librement. Il est vrai que la difficulté ne se pose guère pour les sociétés anonymes, qui dans la plupart des législations sont réglementées d'une façon précise ; mais elle mérite d'être examinée à l'égard des commandites par actions, dont la constitution n'est soumise, dans quelques pays, à aucune disposition particulière. A quelles conditions ces sociétés sont-elles admises à faire des opérations sur notre territoire ? Telle est la question dont nous abordons l'examen.

Dans une première opinion, on soutient que ces associations sont absolument libres en France, que leur exis-

tence légale doit être reconnue par les tribunaux et qu'elles peuvent agir devant eux au même titre que les sociétés collectives et en commandite simple. A l'appui de ce système, les auteurs font valoir que la loi de 1857 ayant omis de régler leur situation il fallait leur appliquer le droit commun, qui régit les étrangers en France à ce point de vue et, d'après eux, le droit commun serait que les sociétés étrangères ont, en principe, le droit de plaider en France (art. 15 du Code civil). Nous avons hâte de répondre que si nous avons admis nous-même que tel était le droit commun pour les associations de personnes, il n'en saurait être de même pour les sociétés de capitaux, qui ne peuvent exister en dehors de leur pays que sous certaines conditions. Or, les sociétés dont nous nous occupons sont dans l'impossibilité de remplir ces conditions, puisque la loi de 1857 ne leur est pas applicable. On ajoute, il est vrai, que lorsque le législateur de 1857 a parlé des associations soumises à l'autorisation de leur gouvernement, il avait en vue les sociétés belges et à cette époque les sociétés en commandite par actions n'étaient pas assujetties en Belgique à l'autorisation préalable. S'il ne les a pas mentionnées, c'est qu'il a voulu reconnaître implicitement leur personnalité morale en France, conformément à l'opinion consacrée alors par la jurisprudence. Les travaux préparatoires de la loi semblent fortifier cette manière de voir. Un passage du rapport de M. Bertrand au Corps Législatif est ainsi conçu : « C'est peut-être ici le lieu de faire remarquer que la loi laisse en dehors de son action les sociétés collectives, en commandite ou autres représentées par un ou plusieurs

directeurs, gérants ou actionnaires responsables (1) », et ces expressions comprennent aussi bien les commandites par actions que les commandites par intérêts (2).

Ce système, quelle que soit la valeur des arguments invoqués, est incohérent et injuste. Il entraîne des conséquences inacceptables et qui ont été très bien mises en lumière par les auteurs mêmes qui le soutiennent. Reconnaît-on aux sociétés dont il s'agit le droit d'ester en justice? On leur assure une situation plus avantageuse qu'à nos sociétés en commandite qui, depuis la loi du 17 juillet 1856, sont soumises à une réglementation minutieuse. De plus, celles qui ont besoin d'une autorisation gouvernementale pour se constituer, celles qui, en un mot, présentent le plus de garanties seraient moins bien traitées que les sociétés étrangères affranchies de tout contrôle, à l'abri seulement d'une législation peu rigoureuse! Qu'on suppose, et cette supposition n'est pas faite pour surprendre, que la loi étrangère d'abord libérale à l'égard des sociétés en commandite, soit modifiée dans un sens restrictif et les soumette à une autorisation préalable, ces sociétés vont être privées du droit de plaider devant nos tribunaux le jour même où elles présenteront pour les capitalistes français les plus sérieuses garanties. Enfin est-il raisonnable de penser que c'est à ce système illogi-

1. DALLOZ. 1857, 4, 77.

2. En ce sens : LYON-CAEN et RENAULT. *Traité des sociétés*, n° 1106, page 794. LYON-CAEN. *Loc. cit.*, pages 45 et s., n°s 26 et 26 bis. ARTHUYS, *Revue critique*, 1889, T. XVIII, page 589. MOUTIER. *Du droit pour les sociétés commerciales étrangères d'ester en justice en France*, CLUNET, 1894, page 954.

que que le législateur de 1857 s'est arrêté, alors que le législateur de 1856 avait pris, l'année précédente, la précaution de réglementer les conditions d'existence des sociétés en commandite françaises?

Ces considérations ne nous permettent pas d'accepter cette opinion. Mais devons-nous aller jusqu'à dire que, depuis 1856, les règles relatives à la constitution des commandites par actions sur notre territoire sont de véritables règles d'ordre public absolu, applicables aux sociétés étrangères comme à nos sociétés nationales? Il en résulterait que les commandites constituées dans des pays où elles se créent librement ne pourraient plaider en France, que si elles avaient observé les prescriptions des lois de 1867 et de 1893. M. *Thaller* et M. *Weiss* ne reculent pas devant ces conséquences (1). Le silence de la loi, disent ces auteurs, est significatif; il emporte pour ces sociétés exclusion du droit d'agir devant nos tribunaux. La loi n'habilite pas toutes les sociétés, elle n'habilite que les associations autorisées. Nous partageons cette manière de voir, mais nous nous refusons à en tirer cette conclusion que toutes les autres sociétés d'actionnaires sont privées du droit de contracter et d'ester en justice, si elles ne se conforment pas aux dispositions des lois françaises. Ce serait, en effet, bien rigoureux et cette condition serait d'ailleurs difficile sinon impossible à remplir. Une

1. THALLER. *Journal des Sociétés*, 1881, page 317 et 1882, page 32, de la situation faite en France aux sociétés étrangères par l'évolution des législations européennes vers la liberté de l'anonymat. WEISS. *Traité élémentaire de droit int. privé*, pages 166 et 167.

société ne peut à la fois obéir à sa loi nationale et à la loi française. Se conforme-t-elle aux prescriptions de sa propre loi? Elle ne peut, d'après l'opinion que nous combattons, étendre son activité sur notre sol. Entend-elle suivre la loi française? L'accès de son territoire national la peut-être lui être interdit.

La première opinion conduit à des conséquences injustifiables, la seconde aboutit à une impossibilité juridique. Entre ces deux systèmes absolus, nous croyons qu'il y a place pour une solution intermédiaire (1). Il est incontestable que la loi de 1857 a omis de régler la situation en France des sociétés qui se constituent librement dans leur pays. Elles restent dès lors soumises au droit commun et le droit commun n'est pas que toutes les sociétés étrangères ont le pouvoir d'opérer en France, comme le prétend la première opinion. Il permet, au contraire, à notre gouvernement de prendre des mesures spéciales afin de sauvegarder l'ordre public, sans qu'il soit pour cela nécessaire d'imposer aux sociétés étrangères l'obligation de se conformer aux prescriptions de la loi française, ainsi que l'exige le deuxième système. On peut éviter ces deux écueils en reconnaissant aux pouvoirs publics le droit d'autoriser, par un décret spécial, chacune des sociétés dont il est ici question à se livrer à des opérations sur notre territoire. Une grave objection a été faite, c'est que l'abrogation de l'article 37 du Code de commerce ne per-

1. M. LAINÉ a enseigné le système que nous allons exposer (à son Cours 1893-1894); mais, après un nouvel examen, il le rejette aujourd'hui comme entaché d'illégalité et d'arbitraire.

met plus au gouvernement de prendre des décrets spéciaux en cette matière, même pour les sociétés françaises. Cette objection n'est pas sans réponse, car l'article 37 n'a pas été complètement abrogé et l'autorisation spéciale subsiste encore à l'égard des tontines et des compagnies d'assurances sur la vie (1). Il suffit d'étendre cette disposition aux sociétés étrangères, qui n'ont besoin dans leur pays d'aucune autorisation et qui ne sont pas assujetties à une réglementation légale. Du reste, le droit pour le gouvernement d'accorder le bénéfice de l'article 1 de la loi de 1857 aux associations d'un même pays par voie de disposition générale, n'exclut pas celui de concéder le même bénéfice à une société en particulier au moyen d'un décret individuel. La majorité des auteurs lui reconnaissent ce droit (2).

2° En second lieu, l'existence légale des sociétés étrangères en France est subordonnée à l'obtention d'un décret général rendu en Conseil d'Etat au profit des sociétés d'un même pays. Cette condition est requise en vue de protéger les intérêts français. On présume que le gouvernement ne prendra une telle mesure qu'après s'être livré à une enquête sérieuse sur la constitution des sociétés qu'il s'agit d'habiliter et avoir consciencieusement examiné, si leur fonctionnement sur notre territoire ne présente aucun danger pour le crédit public. « Le

1. Art. 66 de la loi du 24 juillet 1867.

2. En ce sens : BOISTEL, *Précis de droit commercial*, n° 303. — WEISS, *Loc. cit.*, page 156. — LAINÉ, à son cours 1893-1894. — MM. LYON-CAEN et RENAULT, après avoir longtemps professé la même doctrine la rejettent aujourd'hui. *Loc. cit.*, page 787.

devoir du gouvernement », disent à ce sujet MM. *Lyon-Caen et Renault*, « est, avant de donner une telle autorisation, d'examiner si, grâce aux dispositions de la loi étrangère et aux pratiques du gouvernement étranger, les sociétés anonymes des pays dont ils s'agit, offrent des garanties à peu près égales à celles que présentent les sociétés anonymes françaises (1) ».

Il est à remarquer que les conditions exigées par la loi du 30 mai 1857 sont la reproduction de celles imposées par la loi belge de 1855. Il en est une cependant que notre législateur n'a pas maintenue et à juste titre, selon nous, c'est la condition de réciprocité, que le projet de 1883 n'a pas davantage reproduite. Le gouvernement peut donc reconnaître le droit d'ester en justice en France aux sociétés d'un pays qui refuse ce droit aux sociétés françaises. C'est une exception portée au principe général de réciprocité consacré par l'article 11 du Code civil qui, avant 1857, avait déjà reçu plusieurs tempéraments (2). L'intérêt même de notre commerce exige qu'il en soit ainsi. Il se peut, en effet, que les opérations effectuées sur notre sol par des sociétés étrangères soient profitables à notre industrie ou à notre commerce national, sans que les sociétés françaises retirent le moindre profit d'une exploitation en pays étranger. Le gouvernement a sur ce point un pouvoir d'appréciation illimité et s'il croit utile d'imposer la condition de réciprocité,

1. LYON-CAEN et RENAULT. *Loc. cit.*, page 787.

2. Art. 13, loi du 21 avril 1810, sur les mines. Art. 27, loi du 5 juillet 1844, sur les brevets d'invention.

il n'autorisera les sociétés d'un Etat déterminé à opérer en France, que si cet Etat assure la même faveur à nos sociétés.

*Difficultés soulevées par la promulgation de la loi du
24 juillet 1867.*

La loi de 1867 sur les sociétés a donné naissance à une double difficulté. On s'est tout d'abord posé la question de savoir, si le législateur, en supprimant l'article 37 du Code de Commerce, n'avait pas abrogé, par là même, la loi du 30 mai 1857. On s'est aussi demandé, si, en présence du mouvement législatif favorable à la liberté des sociétés par actions, les dispositions des lois étrangères, qui ont soustrait à l'autorisation gouvernementale la constitution des sociétés anonymes, ne mettaient pas obstacle à l'application de l'article 1 de la loi de 1857. Tels sont les deux points qui vont faire l'objet de notre examen.

Quelques auteurs admettent, et des décisions judiciaires l'ont tenu pour certain, que la loi du 24 juillet 1867 avait abrogé celle du 30 mai 1857. Ils font le raisonnement suivant : l'autorisation générale imposée aux sociétés étrangères, qui voulaient agir sur le sol français, était exigée par la raison que nos sociétés ne pouvaient elles-mêmes avoir d'existence légale en France sans une autorisation administrative. Du moment que l'autorisation préalable a cessé d'être utile pour la constitution des sociétés anonymes françaises, elle ne doit plus être requise pour le fonctionnement des sociétés étrangères. Dans

cette opinion, négligeant les dispositions de la loi de 1857, on applique l'article 15 du Code Civil qui permet aux étrangers, individus ou personnes morales, d'ester en justice en France, lorsqu'ils ont un procès avec un Français. C'est par application de cette doctrine que, le 26 mars 1891, la Cour de Paris a décidé, qu'une compagnie d'assurances hambourgeoise avait pu valablement citer en France une compagnie française de navigation. Une personne morale étrangère, a dit la Cour, capable d'ester en justice à Hambourg, d'après le droit hambourgeois, a, par application du statut personnel, le même droit en France aux termes de l'article 15 du Code Civil (1).

Nous ne saurions approuver cette manière de voir ; nous sommes convaincu, au contraire, que la loi de 1867 n'a nullement abrogé la loi de 1857. Il n'y a pas eu d'abrogation expresse, cela n'est pas douteux, et nous allons prouver qu'il n'y a pas eu d'abrogation tacite. Celle-ci ne peut résulter que d'une inconciliabilité absolue entre les dispositions d'une loi nouvelle et celles d'une loi plus ancienne et on ne peut pas dire que cette inconciliabilité existe dans le cas qui nous occupe, puisque les deux textes s'appliquent à des situations différentes ; l'un est relatif aux sociétés françaises, l'autre aux sociétés étrangères. De plus, l'autorisation générale d'ester en justice, prévue par la loi de 1857, n'a aucun rapport avec l'auto-

1. VINCENT, *Revue pratique de droit international privé*, 1891-1892, page 323. Dans le même sens, Cour de Paris, 15 février 1882, DALLOZ, 1882, 2, 201. Cour de Lyon, 13 déc. 1880, VINCENT, *loc. cit.*, page 319.

risation spéciale prévue par l'article 37 du Code de commerce, et cette dernière a pu disparaître, sans que son abrogation entraînat nécessairement celle de l'autorisation générale. Quand il s'agissait, en effet, d'autoriser une société anonyme française, le Conseil d'État se livrait à un examen approfondi des statuts, contrôlait le but de l'entreprise, exigeait quelquefois des garanties particulières, imposait souvent certaines conditions qu'il jugeait indispensables à la marche régulière des opérations. Après la constitution définitive de la société, l'administration conservait un droit de contrôle et de surveillance de nature à protéger efficacement les intérêts des actionnaires, lorsqu'il était exercé avec vigilance et sagacité.

Telle était la raison d'être de l'autorisation préalable ; elle ne saurait être la même pour l'autorisation générale imposée aux sociétés étrangères par la loi de 1857. Elle ne s'adresse pas à une société en particulier, mais à toutes les sociétés d'un même pays, à moins que le gouvernement ne juge utile d'exclure certaines d'entre elles. Elle est accordée, en conséquence, sans que le Conseil d'État examine les statuts de chaque société, sans qu'il recherche leur but, leur objet et leurs moyens d'actions, sans qu'il conserve le droit de contrôler leurs opérations. Il s'agit d'une habilitation générale, destinée à conférer aux sociétés d'un Etat déterminé le droit d'agir en France et qui acquièrent ce droit par cela seul qu'elles sont régulièrement constituées dans leur pays.

Il convient, en outre, de faire remarquer que les dispositions de loi de 1867 et de 1893, qui ont fixé les conditions d'existence des sociétés françaises par actions, sont

inapplicables, en raison de la personnalité des lois, aux sociétés étrangères et il peut se faire que le législateur étranger se montre trop facile pour la constitution des sociétés anonymes. Reconnaître à ces dernières la faculté de faire de plein droit des opérations sur notre territoire, ce serait créer une situation moins avantageuse à nos associations nationales, ce serait aussi compromettre les intérêts français, si leur constitution et leur fonctionnement manquaient de garanties sérieuses. Le gouvernement, de son côté, estime qu'il n'y a pas eu abrogation de la loi de 1857. Il suffit pour s'en convaincre de constater que depuis 1867, il a rendu plusieurs décrets en exécution de la loi du 30 mai 1857. C'est ainsi que les sociétés de Prusse, le 19 décembre 1868, d'Autriche, le 20 juin de la même année, de Suède et de Norvège, le 14 juin 1872 et des Etats-Unis d'Amérique, le 6 août 1882, ont été habilitées par des décrets collectifs. Cette opinion, qui est la plus conforme aux principes généraux du droit, est adoptée par la grande majorité de la doctrine (1) et elle est consacrée par de nombreuses décisions judiciaires (2).

1. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, page 791, *Lyon-Caen, loc. cit.*, page 43, et note dans le recueil de Sirey, 1882, 2, 169. Weiss, *loc. cit.*, page 158, BUCHÈRE, CLUNET 1882, page 45. LAINÉ, à son cours. MOUTIER, *loc. cit.*, CLUNET, 1894, page 954.

2. Cour d'appel de Paris, 22 décembre 1892, DALLOZ, 1893, 2, 157. Trib. civ. de la Seine, 4 avril 1892, CLUNET, 1892, page 1207. Cour de Paris, 1^{er} juillet 1893, CLUNET, 1893, page 1205. Trib. civil de la Seine, 18 février 1893, CLUNET, 1893, page 588.

Une difficulté d'un autre ordre a été soulevée par la loi du 24 juillet 1867, qui a déterminé un mouvement général en faveur de la liberté des sociétés anonymes. On se demande si la loi de 1857, que l'on suppose toujours en vigueur, est encore applicable aux sociétés d'un pays, qui a substitué au système de l'autorisation le régime de la réglementation légale. Avant de prendre parti sur cette question, il n'est pas sans intérêt de rechercher les raisons qui militent en faveur de la liberté de l'anonymat et de faire connaître les diverses législations, qui ont affranchi les sociétés anonymes de la tutelle administrative.

L'abandon à peu près universel du système de l'autorisation préalable tient surtout aux inconvénients inhérents à ce régime. Outre qu'il est souvent fort long de mettre en mouvement l'appareil administratif et de faire jouer ses multiples ressorts, on peut craindre que le gouvernement, sollicité en vue d'une autorisation, ne cède soit à des influences politiques ou financières, soit à des considérations personnelles. L'intérêt public est alors menacé et il court le risque d'être sacrifié. Ce danger est d'autant plus grave, que le public voit dans l'autorisation du gouvernement une garantie qui est souvent plus chimérique que réelle. Elle est pour lui un gage devant lequel toute défiance serait de mauvais aloi, et il souscrit, sûr d'avance du succès, sans prendre de renseignements et sans s'entourer de conseils. La commission chargée d'examiner le projet de la loi de 1867 n'a pas manqué de faire ressortir cette idée. Elle l'a fait dans les termes suivants :
« Là où l'Etat intervient, l'individu abdique, il s'endort

dans une léthargie véritable. Il attend tout de l'Etat et par contre il l'accuse de tous ses mécomptes, comme si son initiative personnelle avait été confisquée » (1). De son côté, M. Pirmez, le rapporteur de la loi belge de 1873, s'exprime ainsi : « Il faut s'abstenir d'assoupir la défiance individuelle par d'insignifiantes approbations et laisser à chacun le soin de se prémunir contre les surprises de l'avidité habile » (2). Mais si l'on redoute que le gouvernement n'accorde trop facilement son autorisation, il faut remarquer, que le refus arbitraire de l'administration est tout aussi dangereux, car il peut entraver le développement du commerce et de l'industrie. Le célèbre jurisconsulte italien, Mancini, l'a très heureusement démontré. « Le droit d'association », a-t-il dit dans son rapport sur le projet de Code de commerce, « est une liberté naturelle de l'homme indépendante du bon plaisir de l'Etat tant que cette liberté s'exerce légitimement et sans léser les droits d'autrui. On comprendrait donc mal sur quoi le gouvernement se fonderait pour s'arroger le droit de permettre ou d'empêcher les sociétés de personnes ou de capitaux pour des entreprises déterminées » (3).

Ces raisons sont puissantes et on conçoit que la plupart des législateurs y aient fait droit. Le mouvement en faveur de la liberté des sociétés par actions a commencé en Angleterre vers 1855. A cette époque, le principe de l'obligation illimitée et solidaire de tous les associés,

1. BING. *La société anonyme en droit italien*, page 111.

2. WAELEBROECK, commentaire de la loi belge du 18 mai 1873.

3. Rapport du ministre de grâce et de justice avec l'exposition des motifs du projet de Code de commerce du royaume d'Italie (1877).

jusque-là à peu près absolu, reçut quelques atténuations en même temps qu'on permettait à certaines sociétés, les *joint stock companies limited*, de se constituer sans l'autorisation du gouvernement ou du parlement (1). La France ne tarda pas à entrer dans cette voie libérale et l'article 21 de la loi du 24 juillet 1867 a définitivement soustrait à l'autorisation gouvernementale la constitution des sociétés anonymes. Cette mesure n'est pas cependant générale, elle n'a pas été étendue aux tontines et aux compagnies d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, qui sont encore soumises à la tutelle et au contrôle administratifs (2). La même réforme eut lieu en Espagne où un décret du 28 octobre 1868 confirmé par une loi des Cortès du 19 février 1869, supprima l'autorisation préalable que le code de 1885 n'a pas rétablie, tout en exigeant l'homologation de l'acte de société par le tribunal du lieu du siège social.

En Allemagne, le système de l'autorisation ne s'appliquait pas seulement aux sociétés anonymes, il s'appliquait aussi aux commandites par actions. Les unes et les autres étaient en outre soumises à des dispositions réglementaires qui seules survécurent à la loi fédérale du 11 juin 1870. Toutefois l'ancien régime subsiste encore dans certains Etats de la Confédération pour les sociétés d'assurances sur la vie, de transport des émigrants, de banque d'émission, de construction ou d'exploitation des chemins

1. Act. du 17 juillet 1856.

2. Art. 66 de la loi du 24 juillet 1867.

de fer et des canaux (1). Ce fut au tour du législateur belge, le 18 mai 1873, de proclamer la liberté de l'anonymat ; il emprunta la plupart des dispositions de sa nouvelle réglementation à notre loi de 1867, non sans y apporter quelques adoucissements. Deux années plus tard, le code hongrois de 1875 suivait le même mouvement et supprimait l'autorisation préalable, que la Suisse en 1881 et l'Italie en 1882 ont également fait disparaître. La dernière réforme en ce sens fut opérée par le Code de Commerce portugais de 1888, qui a remplacé le système de l'autorisation gouvernementale par celui de la réglementation légale. Si, en Autriche, l'immixtion administrative est encore obligatoire, elle ne tardera sans doute pas à être supprimée. Les projets de loi sur les sociétés de 1875 et de 1882 n'en font plus mention (2).

Il résulte de ce rapide exposé, que la plupart des législateurs ont renoncé à imposer aux sociétés anonymes l'obligation de soumettre leurs statuts à l'autorisation du gouvernement. En présence de cet état de choses, la loi du 30 mai 1857 s'applique-t-elle encore aux sociétés qui

1. Art. 176, 4^o, du code de commerce allemand.

2. Il y a encore quelques pays où l'immixtion gouvernementale existe toujours. Ainsi elle subsiste dans la législation des Pays-Bas, mais elle y est moins nuisible, parce que les pouvoirs de l'administration sont restreints. Elle examine seulement si les statuts ne contiennent rien de contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux lois du royaume. Quant au code roumain de 1887, il admet aussi la nécessité d'une autorisation, mais celle-ci n'est plus accordée par l'administration ; il appartient au Tribunal de commerce, après avis de la Chambre de Commerce, de la donner ou de la refuser.

se constituent valablement en se conformant à des prescriptions générales, sans avoir besoin d'une approbation officielle?

Il semble, au premier abord, que cette question comporte une réponse négative. L'article 1^{er} de la loi subordonne, en effet, l'existence légale des sociétés étrangères en France à cette condition, qu'elles auront sollicité et obtenu de leur gouvernement l'autorisation d'agir dans leur propre pays, et cette condition ne peut plus être remplie, depuis que le régime de l'autorisation a fait place au système de la réglementation légale.

La question s'est présentée pour la première fois, le 14 octobre 1879, devant le Tribunal de commerce de la Seine, dans des circonstances qu'il n'est pas inutile de rappeler. Un négociant de Paris avait souscrit des actions de la société anonyme belge l'Etoile, qui venait de se fonder conformément aux dispositions de la loi du 18 mai 1873. Sur son refus d'effectuer le paiement de 5.000 francs, montant des versements, qu'il lui restait à faire pour libérer ses actions, la société l'assigna devant le Tribunal de commerce de la Seine. Le défendeur déclina la compétence du tribunal et opposa une fin de non-recevoir tirée de ce que la Société demanderesse, n'ayant pas obtenu l'autorisation du gouvernement belge, ne rentrait pas dans les termes de la loi de 1857 et qu'en conséquence elle était incapable d'ester en justice en France. Le tribunal fit droit à ces conclusions et justifia sa décision par les considérations suivantes : « Attendu que la loi française du 30 mai 1857 dispose, que les sociétés anonymes et les autres associations commerciales

industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France; attendu que la Compagnie l'Etoile n'ayant pas été soumise à l'autorisation du gouvernement belge et, par conséquent, ne l'ayant pas obtenue, ne se trouve pas dans les conditions prescrites par la loi sus-visée; attendu que la capacité juridique accordée par la loi aux sociétés anonymes est de droit étroit et qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'en étendre l'application, etc... » (1). De son côté, le Tribunal civil de la Seine, le 11 mars 1880, s'est associé à cette même doctrine en déclarant que la nécessité de l'autorisation était absolue et que rien ne pouvait y suppléer (2).

Ces décisions judiciaires ont reçu l'approbation de M. Thaller (3) et de M. Weiss (4). A l'appui de leur opinion, ces savants auteurs font valoir, que les garanties qu'offraient les sociétés anonymes belges ont disparu depuis qu'elles peuvent librement se constituer, qu'en outre, à s'en tenir à la lettre du texte, la loi n'a pas entendu habiliter d'une manière générale les sociétés anonymes étrangères, mais seulement les sociétés autorisées par leur gouvernement. « Il suffit donc », conclut M. Thal-

1. *Journal des sociétés*, 1880, p. 152.

2. *Journal des sociétés*, 1880, p. 144.

3. THALLER. *De la situation faite en France aux sociétés étrangères par l'évolution des législations européennes vers la liberté de l'anonymat*. *Journal des sociétés*, 1881, pp. 50, 106 et 312.

4. WEISS. *Le droit de l'étranger*, page 437. Dans le même sens, COSTE, *la Loi*, nos des 9 et 11 juin 1887.

ler, « qu'un Etat remanie sa législation des sociétés dans le sens de la liberté, pour que notre marché se ferme aux sociétés qui se créeront dans le sein de cet Etat. En vain notre gouvernement élargirait-il la teneur de son décret, pour embrasser dans sa bienveillance ces compagnies de formation nouvelle. En procédant ainsi il commettrait un véritable excès de pouvoir : ce serait dépasser les attributions que le Corps législatif lui a départies » (1).

Si une telle doctrine est plus conforme à la lettre de la loi de 1857, elle est manifestement contraire à son esprit. Cette loi a eu pour objet d'établir une réciprocité parfaite entre les sociétés anonymes étrangères et les sociétés françaises de même nature ; elle a entendu exiger des unes et des autres des garanties analogues. Ces garanties consistaient, à l'époque où la loi fut mise en vigueur, en une autorisation préalable ; aujourd'hui, ces garanties consistent de part et d'autre en une réglementation légale. Elles ne sont plus les mêmes, nous ne le contestons pas, mais cela n'empêche pas qu'il y ait harmonie et équivalence entre elles. M. Pont dit à ce sujet : « Si ces conditions, si cette réglementation, dans un pays où les sociétés peuvent s'établir librement, présentent des garanties équivalentes à celles que donnerait l'autorisation préalable elle-même, il n'y a aucune raison, vraiment, pour que le gouvernement n'use pas, à l'égard de ce pays, du droit que lui confère l'article 2 de la loi d'habiliter en masse par décret les sociétés qui s'y sont librement formées (2). »

1. THALLER, *loc. cit.*, p. 317.

2. PONT. *Traité des sociétés commerciales*, n° 1866.

Il n'est du reste pas douteux, que le système de la réglementation légale offre plus de garanties que celui de l'autorisation préalable. Il laisse moins de place à l'intrigue, à la faveur et à l'arbitraire et si la loi étrangère est mal faite ou dangereuse notre gouvernement reste maître de ne pas prendre le décret ou de le rapporter, s'il a été rendu.

Les auteurs les plus considérables approuvent cette doctrine (1), à laquelle ont adhéré la jurisprudence française et la jurisprudence étrangère. Dès 1880, le Tribunal de commerce de la Seine est revenu sur sa décision antérieure (2) et la Cour de Paris a approuvé ce revirement de jurisprudence (3). Des décisions plus récentes ont définitivement fait triompher dans la pratique l'opinion que nous défendons (4). Les tribunaux belges l'avaient accueillie dès le principe, ainsi qu'il résulte d'un arrêt de la Cour de Bruxelles du 14 janvier 1875 (5). Quant à la jurisprudence italienne, elle s'est plusieurs fois prononcée en ce sens. La Cour d'Appel de Gênes dit

1. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, page 792. RENAULT, *Journal des Sociétés*, 1880, p. 152 et *Revue critique*, 1881, p. 490. RATAUD, *Revue critique*, 1882, p. 220. BUCHÈRE, CLUNET, 1882, p. 37. LAINÉ à son cours. MOUTIER, CLUNET, 1894, p. 954.

2. et 3. Trib. de com. de la Seine, 26 novembre 1880 et Cour de Paris, 8 juillet 1881. DALLOZ, 1882, 2, 201.

4. Cour de Paris, 15 janvier 1889, VINCENT et PENAUD, *Dictionnaire de droit international privé*, 1889, p. 116. Trib. de com. de la Seine, 1^{er} mars 1894, *Gaz. des trib. du 4 juillet 1894*. Trib. civ. de Valenciennes, 14 mars 1894. CLUNET, 1894, p. 882.

5. CLUNET, 1884, p. 404.

dans un de ses considérants : « Attendu qu'il n'y a pas lieu de croire que le législateur italien ait entendu que la loi du 27 octobre 1860 cessât d'être applicable au cas où l'autorisation préalable se trouverait remplacée par d'autres formalités équivalentes, et peut-être même mieux appropriées et plus efficaces » (1). La même Cour a eu l'occasion en 1886 d'affirmer à nouveau sa jurisprudence. Elle l'a fait dans des termes qu'il est bon de connaître : « ... Et cette condition juridique des dites sociétés n'a pu être changée lorsqu'est survenue la loi française du 24 juillet 1867 qui, par de hautes raisons d'intérêt public, politique et commercial, a supprimé l'autorisation du gouvernement pour la légale constitution des sociétés anonymes et a substitué à cette autorisation d'autres précautions légales jugées plus efficaces et plus aptes à garantir les intérêts généraux du commerce » (2). Dans une dissertation savante, M. *Lainé* a victorieusement démontré le bien fondé de cette jurisprudence qu'il justifie de cette manière : « Comme en 1860, les sociétés anonymes françaises étaient légalement constituées par l'autorisation du gouvernement, on conçoit que pour plus de précision, cette forme de leur constitution légale ait été expressément visée ; voulant qu'elles eussent l'existence légale en France pour la leur accorder en Italie, on a voulu qu'elles portassent le signe de leur existence légale. Ce signe eût été différent qu'on l'eût également réclamé au même

1. Cour d'Appel de Gênes, 22 septembre 1882. CLUNET, 1884, p. 557.

2. Cour d'Appel de Gênes, 23 juillet 1886. CLUNET, 1886, p. 624.

titre, dans le même esprit ; car c'était au fond des choses que l'on tenait, nullement à leur aspect extérieur. Dès lors, qu'importe que, depuis, le signe ait changé, si la chose signifiée, c'est-à-dire l'existence légale, l'existence due à l'observation d'une loi sévère, est restée » (1).

Nous pouvons donc adopter les conclusions suivantes : les sociétés belges, anonymes ou en commandite par actions ont conservé, même depuis la loi de 1873, le droit d'agir en France, et ce même droit doit être reconnu aux sociétés de tous les pays, qui ont obtenu le bénéfice d'un décret général, alors même que le système de la réglementation légale a, dans ces pays, remplacé celui de l'autorisation préalable ; enfin le gouvernement peut encore prendre des décrets, en exécution de la loi de 1857, relativement à des sociétés qui se constituent librement dans leurs pays.

1. LAINE, *Journal du Palais*, 1887, 2, p. 1, en note.

CHAPITRE III

TRAITÉS QUI ONT DÉROGÉ AUX RÈGLES GÉNÉRALES DE COMPÉTENCE EN CETTE MATIÈRE.

On pourrait s'étonner, au premier abord, qu'un traité soit venu régler la compétence des tribunaux français à l'égard des sociétés commerciales étrangères. Il semble, en effet, que la loi du 30 mai 1857, qui permet au gouvernement d'habiliter en France les sociétés d'un même pays par un décret collectif, donne par là-même toute satisfaction aux intérêts de notre commerce. A quoi bon mettre en mouvement l'action diplomatique, lorsqu'il est possible d'arriver aux mêmes fins d'une manière plus simple et tout aussi efficace ? Cette argumentation, qui tend à nier l'utilité des traités en cette matière, n'est cependant pas décisive, elle perd toute sa valeur après un examen approfondi de la question. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi de 1857, sont seules admises à ester en justice en France les sociétés étrangères, qui justifient d'un décret général rendu en leur faveur et qui, en outre, ont reçu de leur gouvernement l'autorisation de se constituer. Dans quelques pays, avant même le mouvement qui a porté les

législations européennes vers la liberté de l'anonymat, cette dernière condition n'était pas requise et des sociétés de capitaux se constituaient valablement sans avoir sollicité ni obtenu l'approbation des pouvoirs publics. Ces sociétés n'étaient pas visées par la loi et elles n'étaient pas en droit d'en invoquer le bénéfice. C'est alors qu'apparaît nettement l'utilité d'une convention internationale qui permet de suppléer au silence du législateur et obvie de la sorte aux difficultés qui ne manqueraient pas de s'élever. A cette considération s'en ajoute une autre non moins sérieuse. En règle générale, les traités offrent plus de stabilité que les lois, et tandis que celles-ci sont l'objet de modifications incessantes, les conventions diplomatiques restent le plus souvent de longues années sans recevoir le moindre changement. Cela tient à ce que les traités internationaux sont l'œuvre de deux parties également puissantes et que l'une ne peut y porter atteinte sans l'assentiment de l'autre. On conçoit alors, qu'un gouvernement en vue d'assurer aux sociétés, qu'il a mission de protéger, une situation avantageuse et solidement établie dans un pays déterminé, préfère recourir à la procédure d'un traité diplomatique.

Ces diverses raisons suffisent à expliquer la convention signée le 30 avril 1862, quelques années seulement après la loi de 1857, entre la France et l'Angleterre et destinée à régler d'une façon précise et durable la condition des sociétés anglaises en France et celle des sociétés françaises en Angleterre. Dans ce dernier pays dès 1855, le nombre des sociétés soumises à l'approbation du gouvernement est devenu très restreint, la plupart se consti-

tuent librement, il suffit que leurs statuts aient été dûment enregistrés. Il en est ainsi des sociétés qui portent le nom de *joint stock companies limited* et qui se rapprochent des sociétés anonymes, en ce que les associés ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs apports. La loi de 1857 ne les comprenait pas dans ces dispositions et on dut recourir à la voie diplomatique pour les admettre à ester en justice en France ; telle est la raison d'être du traité du 30 avril 1862 (1).

On ne s'est pas contenté de nier l'utilité de ce traité, on en a contesté la légalité. Par le traité de 1862, a-t-on dit, les sociétés anglaises n'ont pas acquis de plein droit la faculté de plaider devant les tribunaux ; il n'a eu d'effet jusqu'ici qu'entre les parties contractantes. Seul le gouvernement s'est trouvé obligé de prendre vis à vis des sociétés anglaises un décret conformément à l'article II de la loi du 30 mai 1857 et ce décret n'a jamais été rendu. Il s'ensuit dès lors, que ces sociétés ne doivent pas être admises à ester en justice sur notre territoire. La loi de 1857, poursuit-on, a déterminé d'une façon précise les conditions suivant lesquelles les sociétés étrangères pouvaient être appelées à exercer leurs droits en France. Elle a tracé au gouvernement la marche à suivre pour arriver à ce but, sans lui permettre de prendre une autre voie, et l'autoriser à habiliter les sociétés anglaises au moyen d'un traité diplomatique, c'est lui reconnaître un droit que la loi de 1857 lui a formellement refusé.

1. Lettre du ministre de la Justice au procureur général DUPIN, DALLOZ 1863, 1, 218. LYON-CAEN, *loc. cit.*, page 34. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, page 788. WEISS : *Le droit de l'étranger*, p. 428.

C'est à cette argumentation que s'est rendue la Cour d'Appel de Rennes, le 26 juin 1862, en disposant qu'une société anglaise était inhabile à plaider en France, si elle n'avait pas obtenu un décret d'autorisation du gouvernement français et cela malgré la convention du 30 avril 1862. Un des considérants de l'arrêt mérite d'être rapporté : « Considérant », dit la Cour, « que si une convention internationale conclue le 30 avril 1862 entre la France et l'Angleterre... a reconnu toutes les compagnies et associations commerciales régulièrement constituées et autorisées dans l'un des deux pays à ester réciproquement, soit en demandant, soit en défendant, devant les tribunaux de l'un et de l'autre, il n'apparaît pas que cette convention, qui ne peut avoir d'effet jusqu'ici qu'entre les hautes parties contractantes, ait été suivie du décret impérial qui, aux termes de l'article 2 de la loi du 30 mai 1857, doit la rendre obligatoire pour les citoyens et pour les tribunaux » (1).

Les parties intéressées acceptèrent la décision de la Cour de Rennes sans porter la question devant la Cour de Cassation. Celle-ci fut alors saisie par un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi par le Garde des Sceaux et le Procureur Général, M. Dupin, se chargea de le soutenir. Les arguments invoqués étaient de nature à faire impression sur la Cour Suprême et à entraîner la conviction de ses membres. Il est incontestable, en effet, que le législateur de 1857 n'a nullement entendu restreindre les pouvoirs du chef de l'État; il a voulu, au contraire, les

1. DALLOZ 1863, 1, 218.

étendre, en reconnaissant à l'Empereur le droit d'autoriser les sociétés étrangères à faire des opérations en France par la voie administrative au moyen de décrets généraux. Le chef de l'Etat tenait d'ailleurs le pouvoir d'habiliter ces sociétés à agir devant nos tribunaux par la voie diplomatique de l'article 6 de la Constitution du 14 janvier 1852 et de l'article 3 du Sénatus-Consulte du 30 décembre de la même année, et il eût fallu un texte constitutionnel, un Sénatus-Consulte, pour le lui retirer. La Cour de Rennes a commis une confusion; elle ne s'est pas rendu compte que le chef de l'Etat était resté le maître de choisir, suivant les circonstances, la voie qui lui semblait préférable, la voie diplomatique au moyen de traités, la voie administrative au moyen de décrets généraux ou individuels. La Cour de Cassation a consacré cette manière de voir dans son arrêt du 19 mai 1863, qui a cassé la décision de la Cour de Rennes et où il est dit notamment qu'il importe peu que la convention de 1862 n'ait pas été suivie du décret mentionné en l'article 2 et de la loi de 1857; « qu'en effet, cette loi spéciale ne peut s'appliquer que dans les cas pour lesquels elle a été faite, c'est-à-dire lorsque l'Empereur, usant du pouvoir qu'elle lui confère, estime qu'il y a lieu d'autoriser administrativement et par décret les sociétés anonymes commerciales, industrielles et financières d'un pays étranger à exercer leurs droits et à ester en justice en France; mais non pas lorsque comme dans le cas de la convention du 30 avril 1862, il règle en vertu de sa prérogative constitutionnelle avec un souverain étranger par voie diplomatique et au moyen d'un traité, quels seront les droits civils

dont jouiront à l'avenir et réciproquement les sujets des puissances contractantes » (1). Cet arrêt a fait jurisprudence. La Cour de Douai, confirmant un jugement du Tribunal civil de Douai s'est prononcée dans le même sens le 1^{er} décembre 1880 (2), et de son côté, le Tribunal correctionnel de la Seine a reconnu la légalité du traité de 1862 (3). Quant à la doctrine, elle est unanime à approuver l'opinion de la Cour de Cassation (4), qui, à notre connaissance, n'a été combattue que par un seul auteur (5).

Le traité de 1862 habilite d'une manière générale toutes les sociétés anglaises à ester en justice en France. Il s'agit ici d'une autorisation collective, dont bénéficie toute société, de nationalité anglaise, qui se constitue conformément aux dispositions de la loi anglaise. Par cela seul qu'une société se fonde en Angleterre, y possède son principal établissement, et que son existence y est valablement reconnue, elle peut agir en France et plaider devant nos tribunaux, soit en demandant, soit en défendant, à moins toutefois qu'une loi d'ordre public ne mette

1. DALLOZ, 1863, 1, 248.

2. CLUNET, 1882, page 317.

3. Trib. corr. de la Seine, 20 juin 1883, la loi du 21 juin 1883.

4. LYON-CAEN, *loc. cit.*, pages 34 et s. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, page 789 et note 1. WEISS, *loc. cit.*, page 429. VAVASSEUR, *Quels sont les droits que les sociétés anglaises (limited) et, en général les sociétés étrangères peuvent exercer en France?* CLUNET, 1875, page 5, LAINE, à son cours 1893-1894, MOUTIER, CLUNET, 1894, page 954.

5. MENEAU, la loi du 6 février 1884.

obstacle à ses opérations sur notre territoire. Sur ce point, la loi de 1857 et le traité de 1862 sont conçus dans le même esprit, mais ils diffèrent sur d'autres points que la seule lecture de la convention franco-anglaise met en lumière. Il n'est pas inutile de reproduire le texte de l'article I de cette convention : « Les hautes parties contractantes déclarent reconnaître mutuellement à toutes les compagnies et autres associations commerciales, industrielles et financières constituées ou autorisées suivant les lois particulières des deux pays, la faculté d'exercer tous leurs droits et d'ester en justice devant les tribunaux, soit pour intenter une action, soit pour y défendre, dans toute l'étendue des États et possessions de l'autre puissance, sans autre condition que de se conformer aux lois desdits États et possessions. » Une première différence est à remarquer. La loi de 1857 et les décrets rendus en exécution de son article 2 s'appliquent uniquement aux « sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles et financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement (étranger) et qui l'ont obtenue. » Le traité de 1862 est plus large : il parle de toutes les sociétés et compagnies anglaises, qui se constituent avec ou sans l'autorisation de leur gouvernement, qu'il s'agisse d'associations de capitaux ou de sociétés de personnes. Cela tient à ce que, en Angleterre, les sociétés qui se constituent librement sont le plus grand nombre, ainsi que nous l'avons fait observer, et si l'on avait maintenu à leur égard la règle étroite de la loi de 1857, les relations commerciales toujours actives entre la France et l'Angleterre en auraient souffert, au grand détriment

des deux pays. Du reste, le gouvernement avait stipulé les mêmes avantages pour les sociétés françaises; c'est là la seconde différence entre le traité de 1862 et la loi de 1857. Cette dernière permet au chef de l'État de prendre un décret d'habilitation au profit des sociétés d'un même pays sans aucune condition de réciprocité, la réciprocité résulte, au contraire, du traité du 30 avril 1862 avec l'Angleterre, et c'est une mesure qu'on ne saurait trop approuver. S'il importe peu que nos sociétés ne puissent agir en toute liberté dans certains pays à cause de la rareté des transactions qui y sont passées, alors même que nous reconnaitrions aux sociétés de ces pays le droit de faire des opérations en France, nous ne saurions, sans compromettre gravement les intérêts de notre commerce national, accorder aux compagnies anglaises une situation plus favorable à celle qui serait faite à nos sociétés en Angleterre. Les exportations et les importations se balancent à peu près entre les deux États et les opérations auxquelles se livrent les sociétés françaises dans le Royaume-Uni équivalent à celles que font sur notre territoire les compagnies anglaises. On conçoit donc que le même traitement soit réservé aux unes et aux autres.

Des développements qui précèdent, il suit que les sociétés valablement constituées en Angleterre ont le droit incontestable de plaider devant nos tribunaux, mais il ne faut pas aller jusqu'à prétendre que les tribunaux français sont obligés de statuer sur tous les procès qu'une société anglaise peut avoir à soutenir, soit contre un Français, soit contre un étranger. Sans doute nous inclinons

à croire que nos tribunaux doivent se déclarer compétents, même dans les contestations entre étrangers, mais cela résulte des termes généraux de l'article 11 du Code civil sans être une conséquence nécessaire du traité de 1862. Cette convention a assimilé les sociétés anglaises aux individus étrangers et là s'est borné son rôle, elle n'a pas entendu déroger aux principes généraux de compétence, elle n'a fait qu'en étendre l'application. La question s'est posée dans la pratique : il s'agissait de savoir, si le Tribunal de commerce de la Seine était compétent pour connaître d'un procès entre deux compagnies anglaises de chemins de fer et, bien à tort selon nous, on a fait intervenir dans la discussion le traité de 1862. Voici dans quelles circonstances le litige avait pris naissance. Le 24 mai 1874, un étranger avait fait enregistrer un colis à la gare du Nord pour Londres. Ce colis fut égaré et le voyageur actionna en responsabilité devant le Tribunal de commerce de la Seine la Compagnie des chemins de fer du Nord, qui appela en garantie la Compagnie anglaise, London Chatam and Dover railway. Celle-ci, à son tour, intenta une action en garantie contre la Compagnie South Eastern railway, également de nationalité anglaise et c'est à l'occasion de ce dernier recours que la question de compétence s'est élevée. Le Tribunal de commerce se déclara d'office incompétent et la Cour de Paris a confirmé sa décision. S'il est permis de critiquer cette jurisprudence, on ne saurait pour la blâmer s'appuyer sur le texte de la convention de 1862. Elle a habilité les sociétés anglaises à agir en France, mais elle n'a point modifié les règles générales de compétence qui seules doivent servir

à trancher la controverse, ainsi que l'a très justement fait remarquer la Cour de Paris. Celle-ci a été amenée à se déclarer incompétente notamment par cette considération qu'il s'agissait d'un fait accompli sur le territoire anglais, et pouvant donner lieu à l'application de la loi anglaise. Cette considération n'est peut-être pas suffisante, puisque les deux Compagnies étaient d'accord pour soumettre leur litige à la juridiction française, mais elle n'était pas en contradiction avec le traité de 1862 (1). C'est en ce sens que s'est également prononcée la Cour de Cassation le 17 juillet 1877 (2).

Le traité du 30 avril 1862 entre la France et l'Angleterre est la seule convention internationale, qui ait eu pour objet de déroger aux principes généraux de compétence à l'égard des sociétés commerciales étrangères. On a cependant soutenu, même en ces derniers temps, qu'il en existait une autre, la convention franco-badoise du 16 avril 1846 (3). C'est là une erreur qui provient d'une confusion regrettable. Cette convention est relative à l'exécution sur les territoires respectifs de la France et du grand Duché de Bade des jugements rendus par leurs tribunaux.

1. CLUNET, 1877, page 109. *Dissertation de M. Demangeat.*

2. DALLOZ, 1878, 1, 366.

3. Les traités franco-suisse du 4 Vendémiaire an XII et du 18 juillet 1828 ont soulevé une question analogue qui n'est plus susceptible de se présenter depuis que le décret du 11 mai 1861 a rendu applicables aux sociétés suisses les dispositions de l'article 1 de la loi du 30 mai 1857.

Aux termes des articles I et III du traité, le tribunal français est tenu d'accorder l'*exequatur* aux jugements rendus par les tribunaux badois à la condition qu'ils émanent d'une juridiction compétente et qu'ils soient réguliers dans la forme. Il en résulte que les sociétés anonymes du Duché de Bade obtiendront en France l'exécution des jugements rendus à leur profit dans leur pays, mais il ne faut pas en conclure qu'elles aient le droit d'intenter directement une action devant les tribunaux français. Ce serait faire dire au traité autre chose que ce qu'il dit réellement et admettre une dérogation au droit commun, qui ne reposerait sur aucun fondement sérieux. « Si des traités », dit un auteur, « peuvent créer à l'égard des sociétés appartenant à certains Etats étrangers un droit spécial dérogeant aux règles établies par la loi du 30 mai 1857, il ne faut pas oublier que leurs dispositions étant une dérogation au droit commun, doivent recevoir une interprétation restrictive et qu'une société anonyme étrangère ne pourra se prévaloir d'une disposition d'un traité pour ester en justice en France, qu'autant que ces dispositions lui en reconnaîtront formellement le droit (1). » Par deux arrêts, l'un du 22 décembre 1892 (2), l'autre du 1^{er} juillet 1893 (3), la Cour d'Appel de Paris a consacré cette doctrine en décidant qu'une société anonyme du grand Duché de Bade ne pouvait pas se prévaloir, pour ester en justice en France, des dispositions de la conven-

1. MOUTIER. *Du droit pour les sociétés commerciales étrangères d'ester en justice en France*. CLUNET, 1894, page 954.

2. DALLOZ, 1893, 2, 457.

3. CLUNET, 1893, page 1205.

tion franco-badoise de 1846, qui règle exclusivement l'exécution des jugements rendus dans chacun des deux pays.

Relativement aux sociétés étrangères autorisées par traité, il convient d'aborder l'examen d'une grave difficulté. Elle a trait à la question de savoir quel est, en cette matière, l'effet de la clause de la nation la plus favorisée. Cette clause, insérée dans un certain nombre de conventions internationales, est notamment inscrite dans l'article 11 du traité de Francfort du 10 mai 1871 ainsi conçu : « Les traités de commerce avec les différents Etats de l'Allemagne ayant été annulés par la guerre, le gouvernement allemand et le gouvernement français prendront pour base de leurs relations commerciales le régime du traitement réciproque sur le pied de la nation la plus favorisée.

« Sont compris dans cette règle les droits d'entrée et de sortie, le transit, les formalités douanières, l'admission et le traitement des sujets des deux nations, ainsi que leurs agents.

« Toutefois seront exceptées de la règle susdite les faveurs qu'une des parties contractantes, par des traités de commerce, a accordées ou accordera à des Etats autres que ceux qui suivent : l'Angleterre, la Belgique, les Pays-Bas, la Suisse, l'Autriche, la Russie... » (1).

On se demande, si en vertu de cet article, les sociétés allemandes, autres que les sociétés de Prusse et de Saxe qui ont bénéficié d'un décret général d'habilitation, ne sont pas en droit d'invoquer à leur profit les dispositions

1. DALLOZ, 1871, 4e.

du traité franco-anglais du 30 avril 1862. La même question se pose pour les sociétés françaises, qui se livrent à des opérations sur le territoire allemand et qui, s'appuyant sur l'article 11 du traité de Francfort, revendiquent pour elles-mêmes le traitement dont jouissent en Allemagne les sociétés d'Autriche-Hongrie en vertu des conventions conclues le 16 décembre 1878 et le 22 mai 1881 entre ces deux puissances. Le litige a pris naissance dans des circonstances qu'il importe de relater.

A la suite de l'annexion de l'Alsace-Lorraine à l'Empire d'Allemagne, les sociétés françaises n'en continuèrent pas moins à faire des opérations sur le territoire annexé. Elles y furent même encouragées par l'administration qui, en quelque sorte, leur reconnut le droit de faire le commerce et d'ester en justice devant les tribunaux allemands. Le préfet du Bas-Rhin fit connaître, le 19 juillet 1872, qu'il ne s'opposait nullement aux opérations des compagnies françaises d'assurances moyennant certaines conditions. En outre, le 14 mars 1879, le Président supérieur, à la suite d'une plainte de plusieurs sociétés françaises au sujet de la protection accordée aux sociétés allemandes, déclara qu'il ne faisait aucune distinction entre les unes et les autres. Enfin les tribunaux ne s'étaient jamais déclarés incompétents dans les procès où une société française était intéressée comme demanderesse ou comme défenderesse. Les choses en étaient là, lorsqu'un arrêté du sous-secrétaire d'Etat à l'Intérieur, en date du 11 mars 1881, retira inopinément aux sociétés françaises le droit d'agir en Alsace-Lorraine par application de la loi du 30 mai 1857. Cette loi, en

effet, conformément aux principes du droit des gens, était considérée par les autorités allemandes comme continuant à régir les provinces annexées, ainsi que toutes les lois civiles et administratives rendues par la France avant l'annexion. Il en résultait que les sociétés françaises, au profit desquelles aucun décret n'avait été rendu, n'avaient pas d'existence légale en Alsace-Lorraine et ne pouvaient y faire le commerce. Pour justifier la mesure prise par l'administration, le sous-secrétaire d'Etat exposa que l'ordonnance du 19 juillet 1872 était motivée par ce fait, que pendant les premières années du gouvernement allemand en Alsace-Lorraine, il n'y avait pas de compagnies d'assurances indigènes importantes et qu'il était utile au pays d'autoriser les sociétés françaises à y faire des opérations; mais que depuis, ces motifs avaient perdu toute leur valeur. Des sociétés allemandes s'étaient fondées et le moment était venu de leur assurer le bénéfice des opérations réalisées par les compagnies étrangères au nombre de 59 et dont les sommes couvertes s'élevaient à la somme totale de 4 milliards 275 millions de francs. Dans l'entraînement général, certains tribunaux ne connurent plus de mesure. Non-seulement, ils déniaient aux sociétés non autorisées le droit d'agir en justice, ce qui était juridiquement exact, mais encore ils déclaraient nulles et sans effet les polices émanant de ces sociétés, violant ainsi les droits les plus légitimement acquis (1). Nous devons reconnaître cepen-

1. Jugement du Tribunal Civil de Strasbourg : KAUFMANN. *De la condition juridique des sociétés anonymes françaises en Alsace-Lorraine*. CLUNET, 1882, page 129.

dant que le 29 mars 1881, dix jours après l'arrêté, le sous-secrétaire d'Etat déclarait, que la question de la validité des polices existantes n'était pas en cause. De plus, dans une dépêche du 7 juin 1881, publiée dans le *Journal Officiel* du 11, il affirmait « que l'administration avait toujours considéré les contrats conclus avant le 1^{er} mai comme valables et n'avait pas voulu les atteindre par l'interdiction d'opérer après le 1^{er} mai. » Sur ce point le Tribunal de l'Empire, de Leipzig, se rendit à l'avis du gouvernement, reconnaissant que l'interdiction des sociétés françaises en Alsace-Lorraine n'avait aucune influence sur la validité des contrats conclus avant l'arrêté par ces sociétés, qui jouissaient sur le territoire annexé « d'une possession d'état susceptible de leur assurer une capacité contractuelle et juridique (2). »

Les compagnies françaises ne se tinrent pas cependant pour satisfaites. A maintes reprises elles ont soutenu devant les Tribunaux que, malgré l'arrêté de 1881, elles avaient le droit de faire des opérations en Alsace-Lorraine et d'y ester en justice et, à l'appui de leurs revendications, elles invoquaient la clause de la nation la plus favorisée insérée dans l'article 11 du traité de Francfort. Cet article, dans l'opinion défendue par les sociétés d'assurances, est conçu dans les termes les plus larges ; il s'applique aux sociétés commerciales, qui sont une des grandes forces du commerce à notre époque, aussi bien qu'aux individus. Du moment que les personnes morales

1. CLUNET, 1883, page 317.

n'ont pas été exclues du bénéfice du traité, on ne saurait leur refuser le libre exercice de leurs droits en Allemagne sans méconnaître le texte même de la convention. Les traités de commerce conclus entre l'Empire d'Allemagne et l'Autriche-Hongrie en 1878 et en 1881 portent expressément « que les sociétés par actions en commandite et les compagnies d'assurances de toutes sortes existant légalement dans l'un des Etats contractants sont admises dans l'autre à y faire valoir leurs droits en justice dans les conditions des lois et règlements qui y sont en vigueur. » C'est l'application de ce traité que réclament les sociétés françaises en se basant sur l'article 11 du traité franco-allemand. Celui-ci assurant aux sociétés françaises le traitement de la nation la plus favorisée leur assure par là-même le traitement des conventions de 1878 et de 1881. C'est à cette interprétation que se sont arrêtés certains auteurs et notamment M. Weiss qui n'hésite pas à croire l'affirmation des compagnies françaises conforme à l'intention des négociateurs (1); mais jusqu'ici les tribunaux allemands se sont toujours refusés à consacrer cette doctrine, qui nous semble erronée.

On ne saurait objecter, il est vrai, que le mot « sujets » ne comprend pas les sociétés et qu'il se réfère exclusive-

1. WEISS : *Traité élémentaire de droit int. privé*, page 165. En ce sens M. de Barandiaran, *la Loi* des 12 et 13 mars 1893. POUILLET, *La propriété industrielle (de Berne)*, 1891, page 102. Consultation de MM. Schneegans, Kauffmann et Lieber sur la situation légale des sociétés anonymes françaises et spécialement des sociétés d'assurances en Alsace-Lorraine, page 35. KAUFFMANN, *loc. cit.*, CLUNET, 1882, pages 129 et 260.

ment aux personnes physiques et cependant cette objection a été faite (1). Le mot « sujets » a un sens large et dans sa généralité il embrasse les individus et les personnes morales. La jurisprudence est depuis longtemps fixée sur ce point : un arrêt de la Cour de Cassation du 12 août 1865, à l'occasion du traité franco-anglais du 30 avril 1862, a reconnu que l'expression « sujets », s'appliquait à une société anglaise réclamant la propriété d'une marque de fabrique (2). De son côté, l'administration allemande a toujours donné au mot « Angehoerige » la signification la plus compréhensive. Il suffit de citer les traités du 22 mai 1865 avec la Belgique, du 30 mai 1865 avec l'Angleterre, du 31 décembre 1865 avec l'Italie et du 13 mai 1869 avec la Suisse, dans lesquels aucune allusion n'est faite aux sociétés commerciales et cela n'empêche pas que les tribunaux allemands étendent l'expression « sujets » aux sociétés de ces divers pays. Mais de ce que le mot « sujets », qui figure dans l'article 11 du traité de Francfort, s'applique aux sociétés commerciales comme aux individus, il ne faut pas conclure que la clause de la nation la plus favorisée habilite les sociétés françaises à faire des opérations sur le territoire allemand. Ce serait,

1. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, page 790. THALLER : *Les compagnies d'assurances françaises et le gouvernement d'Alsace-Lorraine*, *Journal des Sociétés*, 1881, page 343.

2. SIREY, 1865, 1, 472. En sens contraire, cependant : Cour de Cassation, 1^{er} août 1860, DALLOZ, 1860, 1, 444. Cour d'Orléans, 10 mars et 19 mai 1860, DALLOZ, 1860, 2, 126. Trib. de Commerce de la Seine, 28 mai 1891, VINCENT, *Dictionnaire de Droit int. privé*, 1891, page 313 et la note de M. de Bolck.

en effet, forcer le sens des mots que de faire rentrer les questions relatives à la personnalité des sociétés sous la dénomination de « relations commerciales. » La clause de la nation la plus favorisée n'a pas une portée absolue et illimitée et, comme le fait très justement remarquer M. *Lainé*, elle ne saurait étendre le bénéfice de certains traités, que si la convention où elle est insérée et ces traités visent les mêmes matières, le même objet. Or, les conventions dans lesquelles un État reconnaît aux sociétés d'un certain pays le droit de faire des opérations sur son propre territoire ont un objet spécial; elles interviennent entre deux puissances qui ont pris connaissance des conditions particulières imposées par l'une et par l'autre aux sociétés commerciales pour leur constitution et pour leur fonctionnement et c'est en connaissance de cause qu'elles ont été signées. Ces garanties viendraient à faire défaut si la clause de la nation la plus favorisée, insérée dans une convention générale de commerce, devait avoir pour effet d'étendre aux sujets d'un pays le bénéfice de dispositions de faveur réservées aux sujets d'une nation déterminée par un traité spécial. Cette considération serait suffisante à elle seule pour dénier aux sociétés françaises le droit d'agir en Allemagne en vertu de l'article 11 du traité de Francfort; il en est d'autres non moins importantes, et il semble même que les négociateurs du traité aient tranché la question. Une discussion s'étant élevée entre les plénipotentiaires sur le point de savoir, s'il ne convenait pas de régler la condition des sociétés commerciales d'Alsace-Lorraine, les représentants de l'Allemagne y mirent fin en répondant « que ce point

devrait être réservé pour une entente par la voie diplomatique (1). » Il faut bien reconnaître que cette discussion n'aurait eu aucun sens, aucune portée, si l'article 11 devait recevoir l'interprétation que l'opinion contraire lui donne. Nous pouvons encore citer à l'appui de la doctrine que nous défendons, le passage d'un rapport présenté par le Conseil fédéral suisse sur sa gestion en 1884. Ce passage est ainsi conçu : « Un traité de commerce stipulant le traitement de la nation la plus favorisée n'autorise pas un État à s'en prévaloir pour revendiquer en faveur de ses ressortissants les privilèges qu'un des contractants accorde à un autre État par une convention portant sur une matière de droit international privé (2). » Les tribunaux allemands n'ont pas manqué de faire l'application de ces principes dans les affaires où les sociétés françaises se trouvaient intéressées et les diverses décisions qu'ils ont rendues ont toujours dénié à l'article 11 du traité de Francfort, l'effet et la portée qu'on voulait lui attribuer (3). De leur côté, nos tribunaux n'ont pas reconnu aux sociétés allemandes le droit de se prévaloir du traité de 1862 avec l'Angleterre (4). Quelques-uns, il

1. Protocole, n° 9.

2. *Archives diplomatiques*, juin 1885, page 34.

3. Tribunal supérieur de Colmar, 11 déc. 1881 et 3 juillet 1882, CLUNET, 1882, page 261. Cour suprême de l'Empire Allemand, 14 avril 1882, DALLOZ, 1883, 2, 9.

4. Trib. de commerce de la Seine, 28 mai 1891, CLUNET, 1891, page 969 et 4 avril 1892, CLUNET, 1892, page 1026. Cour de Paris, 22 déc. 1892, DALLOZ, 1893, 2, 157, et 1^{er} juill. 1893, CLUNET, 1893, page 1205.

est vrai, se sont prononcés en sens contraire (1); mais la jurisprudence est aujourd'hui à peu près unanime à appliquer les principes défendus par la majorité des auteurs (2).

Nous avons laissé de côté jusqu'ici les sociétés étrangères d'assurances sur la vie et nous ne nous sommes pas encore prononcé sur le point de savoir, si nous devons ou non leur reconnaître le droit de saisir nos tribunaux de leurs contestations. Nous avons préféré rejeter l'examen de cette importante question à la fin de notre première partie, afin de ne pas scinder nos explications sur cette matière particulièrement délicate et controversée. Le moment est venu de prendre parti.

Les sociétés d'assurances sur la vie fondées en pays étranger ont-elles, dans l'état actuel de notre législation, le droit d'ester en justice en France? Cette question, simple en apparence, est complexe et ne peut être résolue sans distinctions. Tout d'abord, il est hors de doute que les compagnies d'assurances sur la vie, appartenant à des pays au profit desquels aucun décret n'a été rendu conformément à la loi de 1857, ne sauraient revendiquer le

1. Cour de Lyon, 13 déc. 1889, VINCENT, *Dict. de Droit int. privé*, 1891-1892, page 319. Trib. de la Seine, 18 fév. 1893, *le Droit* du 25 mars 1893. Cour de Cassation, 14 mai 1895. *Conclusions conformes de l'avocat général Desjardins*. CLUNET, 1895, n^{os} VII, VIII, IX et X.

2. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, page 790. LAINÉ à son cours, 1893-1894. MOUTIER, *loc. cit.*, CLUNET, 1894, p. 954.

droit de plaider devant nos tribunaux. Ces compagnies, lorsqu'elles sont fondées par actions, tombent sous la prohibition générale, qui frappe indistinctement les sociétés de capitaux et qui met obstacle à la compétence des tribunaux français. Les auteurs sont généralement d'accord pour approuver cette doctrine.

Les avis sont, au contraire, partagés lorsqu'une loi, un décret ou un traité a formellement reconnu aux sociétés par actions d'un pays déterminé la faculté de faire trancher leurs différends par la justice française. La controverse est née de l'article 66 de la loi du 24 juillet 1867, qui assujettit nos sociétés nationales d'assurances sur la vie à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement. A en croire un certain nombre de jurisconsultes, ce texte édicterait une disposition d'ordre public applicable aux sociétés étrangères aussi bien qu'aux compagnies françaises. Si cette manière de voir était exacte, il en résulterait que les sociétés d'assurances sur la vie, créées hors de nos frontières, se heurteraient à l'incompétence de nos tribunaux, à moins de s'être constituées conformément aux dispositions de l'article 66. Qui n'aperçoit, a-t-on dit en ce sens, que l'assurance sur la vie est une opération dangereuse, surexcitant les convoitises et menaçante même pour la vie de l'homme? Et, ajoute-t-on, il suffit de consulter les anciens auteurs, de parcourir les travaux préparatoires de nos codes, pour se bien pénétrer du caractère dangereux de ce contrat (1). Ce sont là les rai-

1. GUIDON DE LA MER, 1589, ordonnance sur la Marine de 1681, *Exposé des motifs du Code civil*: PORTALIS, CORVETTO.— MERLIN.

sons que l'on invoque dans un premier système et qui seraient de nature à entraîner pour les sociétés étrangères d'assurances sur la vie l'obligation de solliciter et d'obtenir du gouvernement l'autorisation de se constituer avant de pouvoir agir en France. « A quel titre et par quel singulier privilège », dit M. Vavas seur, « les sociétés étrangères d'assurances sur la vie prétendraient-elles se soustraire à cette tutelle pour la laisser peser exclusivement sur nos sociétés nationales? » (1).

Nous ne pouvons souscrire à cette opinion. Dans notre ancien droit, le contrat d'assurance sur la vie a pu paraître immoral et dangereux; les craintes qu'il éveillait alors justifient pleinement les mesures dont il a été l'objet et qui, à cette époque, avaient le caractère de dispositions d'ordre public absolu. Aujourd'hui, il n'en est plus ainsi. Le contrat d'assurance sur la vie est des plus répandus, il est définitivement entré dans les mœurs et l'extension qu'il a reçue a été bienfaisante pour l'humanité bien plus qu'elle ne lui a nui. Sans doute il arrive encore qu'on ait à déplorer des crimes monstrueux, que seul l'espoir de toucher une forte prime d'assurance a pu faire commettre (2). Mais ces faits, qui soulèvent une réprobation universelle, sont heureusement très rares et s'il est bon

1. VAVASSEUR. *Sociétés civiles et commerciales*, T. II, p. 649, no 1064. — C'est en se fondant sur ces divers arguments que M. Me neau (*La loi* du 6 février 1881) a cru devoir approuver l'arrêt de Rennes du 26 juin 1862 rapporté plus haut, parce qu'il s'agissait d'un l'espèce d'une société anglaise d'assurances sur la vie.

2. Affaire Joniaux.

d'entourer le contrat d'assurance sur la vie de certaines garanties, il n'est pas nécessaire que seules les sociétés établies conformément à la loi française puissent se livrer en France à ce genre d'opérations et soient admises à en poursuivre judiciairement l'exécution. Ces considérations suffiraient à faire écarter la doctrine, qui voit dans l'article 66 une disposition d'ordre public absolu. Un argument de texte est plus décisif encore. La loi du 30 mai 1857 habilite d'une manière générale les sociétés de capitaux étrangères à ester en justice en France, lorsqu'un décret collectif a été rendu en leur faveur. Elle ne fait aucune distinction et ne frappe d'aucune incapacité spéciale les sociétés d'assurances sur la vie et il n'appartient pas aux interprètes d'édicter une prohibition que le législateur n'a pas consacrée. Avant 1867, toutes les sociétés anonymes françaises se trouvaient dans la situation réservée aujourd'hui aux compagnies d'assurances sur la vie et cependant il n'était pas contesté alors, que la loi du 30 mai 1857 permettait d'habiliter les sociétés anonymes étrangères d'un même pays à agir sur notre territoire au moyen d'un décret général. La situation a changé pour les sociétés anonymes autres que celles visées par l'article 66 de la loi de 1867 ; mais pour ces dernières elle est restée la même et dès lors la loi de 1857 continue à s'appliquer aux compagnies étrangères de cette nature (1).

N'y a-t-il pas lieu cependant de faire une réserve ? Nous avons vu que la loi du 30 mai 1857, à notre avis,

1. LYON-CAEN et RENAULT. *Loc. cit.*, page 796, no 1108 bis. PINEAU. *Des sociétés commerciales en droit international privé*, page 64.

était applicable même aux sociétés étrangères appartenant à un pays, où le système de l'autorisation préalable pour les sociétés anonymes avait été remplacé par celui de la réglementation légale. Nous nous sommes fondé sur cette idée, que le législateur avait voulu établir un système d'équivalence dans les garanties. Il a permis au gouvernement d'admettre par mesure générale les sociétés anonymes étrangères à fonctionner en France, si dans leur pays elles étaient assujetties à des conditions à peu près analogues à celles qu'il imposait à nos sociétés nationales. Dans la plupart des pays de l'Europe, les sociétés anonymes peuvent se constituer sans l'autorisation de leur gouvernement et sur ce point notre législation est en harmonie avec les diverses législations. Toutefois, ainsi que nous l'avons vu, elle subordonne encore la constitution des compagnies d'assurances sur la vie à l'autorisation et au contrôle des pouvoirs publics. Aussi devons-nous décider que les sociétés étrangères d'assurances sur la vie ne pourront être habilitées à agir en France, par voie de décret collectif, qu'autant que leur loi nationale les assujettira à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement. C'est pourquoi, malgré les motifs erronés qui ont dicté sa décision et que nous avons critiqués (1), le jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 14 octobre 1879 renferme une décision juste et conforme aux principes. Il s'agissait, en effet, dans l'espèce, d'une société belge d'assurances sur la vie, qui s'était constituée conformément aux dispositions de la loi du 18 mai 1873. Le

1. Voir pages 72 et s.

Tribunal de commerce de la Seine devait-il se déclarer compétent ? Nous ne le croyons pas, puisque cette société s'était fondée sans l'autorisation de son gouvernement et que cette condition ne pouvait être suppléée par aucune autre, la loi française l'imposant encore à nos sociétés nationales de cette nature ; mais, même dans ce cas, il n'est pas nécessaire que la société étrangère, qui veut plaider en France, se constitue d'après les prescriptions de notre loi, il lui suffit d'obtenir un décret spécial d'habilitation (1).

Tel est le système de la loi. Doit-il être approuvé ? En nous plaçant exclusivement sur le terrain de la compétence judiciaire, nous n'hésitons pas à le condamner. Ne conviendrait-il pas de reconnaître à toutes les sociétés étrangères, même aux compagnies d'assurances sur la vie, le droit d'ester en justice devant les tribunaux français ? Cela nous semble incontestable, tout au moins lorsque le contrat, dont la société étrangère poursuit l'exécution en France, a été passé en pays étranger. En se livrant dans les limites de son propre territoire aux opérations de son commerce, elle agit dans la plénitude de ses pouvoirs et s'il ne vient à l'esprit de personne de contester la validité de ces actes, pourquoi lui dénier le droit de s'adresser à nos tribunaux pour la faire proclamer ? Il n'en saurait être de même dans le cas où une compagnie étrangère d'assurances sur la vie saisirait un tribunal français d'une contestation relative à un contrat

1. Voir page 61,

passé en France. Il faudrait alors distinguer suivant que la société étrangère aurait été admise ou non à opérer sur notre territoire, et il convient de rechercher à quelles conditions ce droit devrait être reconnu aux sociétés étrangères d'assurances sur la vie. A cet égard, nous pensons qu'il serait bon d'imposer à ces dernières l'obligation de solliciter et d'obtenir de notre gouvernement l'autorisation de faire des opérations en France. On ne doit pas perdre de vue, en effet, que les sociétés françaises similaires sont demeurées soumises, pour des raisons particulières, à la tutelle administrative. « On a pensé devoir faire cette exception », dit M. *Lyon-Caen* « dans l'intérêt des assurés qui ne comprennent pas bien la nature de ces opérations compliquées et à long terme et qui sont trop disposés à sacrifier la sécurité de l'avenir aux avantages immédiats qui leur sont offerts. Comment l'intérêt des assurés est-il laissé de côté lorsqu'il s'agit de sociétés d'assurances étrangères? Cela ne se conçoit pas (1). » Ces raisons ne laissent pas que d'être décisives et nous devons reconnaître que le projet de 1883 renferme sur ce point les plus heureuses réformes.

L'article 91 de ce projet est ainsi conçu : « Les associations étrangères de la nature des tontines et les compagnies d'assurances sur la vie mutuelles ou à primes sont soumises aux dispositions de l'article 88... » De son

1. LYON-CAEN. *Des divers systèmes législatifs concernant la condition légale des sociétés étrangères par actions et des réformes à apporter à la législation française*. CLUNET, 1885, page 265.

côté cet article dispose que les sociétés françaises de cette nature sont soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement. Il y a donc assimilation complète entre les sociétés françaises et les sociétés étrangères d'assurances sur la vie : les unes et les autres devront soumettre leurs statuts au gouvernement avant de pouvoir faire des opérations. Tous les auteurs ne sont pas unanimes à approuver cette disposition et on a notamment fait valoir que l'autorisation du gouvernement français constituerait pour les sociétés étrangères « une sorte de brevet avec garantie du gouvernement (1). » Ces critiques ne sont nullement fondées et le rapporteur de la loi au Sénat, M. Bozérien, a très justement fait remarquer que le législateur devait se préoccuper avant tout de sauvegarder les intérêts des assurés français. Nous ajouterons qu'il n'avait pas à prendre parti dans une question de concurrence commerciale.

Mais si le projet de 1883 contient une heureuse innovation, en ce qu'il subordonne à l'autorisation des pouvoirs publics le droit pour les sociétés étrangères d'assurances de se livrer à leur commerce en France, il doit être critiqué à deux points de vue. En premier lieu, il ne fait aucune distinction entre le droit de faire des opérations et celui d'ester en justice et, selon nous, une distinction s'impose. Considérant qu'il est légitime de reconnaître aux sociétés étrangères la faculté de s'adresser à nos

1. DE COURCY. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Tome 50, 1883.

tribunaux pour obtenir justice, nous regrettons que le projet n'ait pas cru devoir assimiler à cet égard les associations commerciales aux individus étrangers, tout au moins lorsque le différend porte sur une opération faite en pays étranger (1).

L'article 91 mérite un autre reproche. Il soumet les associations d'assurances sur la vie, créées hors de nos frontières, aux dispositions de l'article 88, et ce renvoi irréflecti a pour conséquence de les assujettir à toutes les prescriptions de la loi française. Le dernier paragraphe de ce texte est, en effet, ainsi conçu : « Les sociétés d'assurances sur la vie sont d'ailleurs soumises aux dispositions de la présente loi. » Que conclure de là, sinon que l'existence légale des sociétés étrangères d'assurances ne sera reconnue en France qu'à celles qui se seront conformées aux règles requises pour la constitution des sociétés françaises ? Il est inadmissible que notre législateur ait voulu édicter une mesure qui violerait les principes les plus incontestés du droit international. De quel droit la loi française prétendrait-elle imposer ses prescriptions aux associations fondées en pays étranger ? Il est juste, que dans l'intérêt des assurés français, elle rende indispensable l'autorisation du gouvernement, ou encore qu'elle exige, qu'une partie de l'actif des sociétés étrangères reste en France pour faciliter l'exécution de leurs engagements. Ce sont là des mesures de précaution que

1. Nous nous sommes déjà expliqué à deux reprises sur ce sujet (voir pages 45 et 102). Nous croyons inutile d'insister davantage.

personne ne saurait lui reprocher d'avoir pris (1), mais il ne lui appartient pas de régler la constitution même des personnes morales étrangères. Leur existence légale et régulière doit être reconnue en France par cela seul que ces dernières ont été créées conformément aux dispositions de la législation de leur pays d'origine (2). En recherchant, dans la deuxième partie de notre thèse à laquelle nous arrivons maintenant, quelle est la loi applicable aux sociétés commerciales étrangères, nous aurons à justifier cette manière de voir.

1. Ainsi nous approuvons la disposition suivante de l'article 91 du projet : « Elles (les sociétés étrangères d'assurances sur la vie) sont tenues de déposer à la Caisse des dépôts et consignations un cautionnement qui sera affecté par privilège au profit des assurés à la garantie des opérations faites en France et qui sera proportionné à l'importance des sommes encaissées par ces Compagnies ». On conçoit de même, que le Ministre de l'intérieur de Prusse ait imposé aux Sociétés d'assurances sur la vie admises à opérer en Prusse l'obligation de placer en consolidés prussiens ou en titres d'emprunt impérial allemand la moitié de la réserve des primes afférente aux assurés de ce pays. CLUNET, 1893, page 258.

2. BUCHÈRE. *De la condition des sociétés étrangères en France dans le projet de loi sur les sociétés par actions*. CLUNET, 1883, page 479.

DEUXIÈME PARTIE

De la compétence législative.

Nous avons recherché, dans la première partie de cette étude, suivant quels principes et dans quelles conditions les sociétés commerciales étrangères étaient admises à ester en justice en France et nous avons reconnu la faculté de plaider devant nos tribunaux, d'une part, aux associations collectives et en commandite simple, d'autre part, aux sociétés anonymes et en commandite par actions autorisées par la loi elle-même, un décret ou un traité international. Notre tâche ne saurait se borner à cet exposé général des règles de compétence en cette matière et elle serait incomplète si nous ne joignons aux développements qui précèdent des considérations relatives aux conflits de lois, qui peuvent s'élever dans les contestations où les sociétés étrangères sont intéressées. Il ne suffit pas, en effet, d'avoir ouvert l'accès des tribunaux français aux associations créées hors de nos frontières, il faut encore déterminer d'après quelle législation leurs droits et leurs obligations doivent être appréciés. Seront-

ils définis et limités par la loi du pays où elles agissent, c'est-à-dire par la loi française ? Sera-ce au contraire, d'après la loi étrangère, d'après la loi du pays où elles se sont fondées, qu'il conviendra d'en mesurer l'étendue ? Telle est la question qui se pose et dont nous allons aborder l'examen. Nous nous efforcerons tout d'abord de mettre en lumière le principe qui doit servir de guide aux tribunaux pour la solution des conflits de lois relatifs aux sociétés étrangères ; nous rechercherons ensuite si ce principe est absolu ou s'il ne doit pas être tempéré par certaines restrictions.

Les auteurs sont généralement d'accord pour reconnaître que l'état et la capacité de l'étranger sont, en principe, gouvernés en France par sa loi personnelle. C'est à cette conclusion que nous conduit d'ailleurs l'interprétation de l'article 3 du Code civil qui est ainsi conçu : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. » Si le législateur a pris soin, dans le paragraphe 2 de cet article, de poser une règle précise et spéciale en matière réelle immobilière, en se refusant à étendre cette disposition aux matières personnelles, il a nettement manifesté son intention de leur appliquer la règle opposée, et cette intention est confirmée par les travaux préparatoires et par l'ancien droit. Il n'est donc pas douteux, lorsqu'il s'agit d'une personne physique étrangère, que son état et sa capacité restent soumis, en quelque lieu qu'elle se trouve,

à la loi du pays auquel elle appartient. Ce même principe ne gouverne-t-il pas l'état et la capacité des personnes morales étrangères? Lorsqu'une société commerciale, de nationalité étrangère, admise à jouir en France des droits qui appartiennent aux individualités physiques, exerce ces droits sur notre territoire, les tribunaux ne sont-ils pas tenus d'en apprécier la valeur et l'étendue d'après la loi nationale de cette société? Des auteurs considérables l'ont nié (1) et M. *Laurent* expose dans les termes suivants les raisons, qui le font pencher pour la négative : « Par elles-mêmes, les corporations n'existent pas à l'étranger, bien qu'elles aient une existence légale là où elles ont été créées. Elles n'existent que si elles sont reconnues par la loi du pays où elles veulent exercer un droit, si c'est la loi territoriale qui leur donne l'existence à l'étranger, c'est aussi cette loi qui détermine l'étendue des droits qu'elle leur reconnaît. Ces droits forment par conséquent un statut réel. L'intérêt social est engagé dans le débat, cela est décisif. C'est donc la loi du pays où les corporations étrangères agissent qui définira et limitera leurs droits; ce qui aboutit à la conclusion que les corporations étrangères jouissent des droits qui sont reconnus aux corporations analogues du pays (2) ». Nous avons déjà fait justice de la doctrine enseignée par le professeur belge, en vertu de laquelle les personnes morales n'auraient d'existence légale que dans les limites de

1. LAURENT, *Droit civil international*, IV, pages 262 et s. GODEFROY, *Conflit des lois relatif à la capacité*, page 153.

2. LAURENT, *loc. cit.*, page 262.

leur pays (1). Cette fois encore, sur le point spécial qui nous occupe actuellement, nous sommes en contradiction avec le célèbre jurisconsulte et nous croyons plus conforme aux principes généraux du droit international de décider, que c'est la loi étrangère qui régit en tous lieux, l'être moral, la société. Est-il raisonnable d'admettre qu'une société reconnue par le Gouvernement d'un pays étranger et autorisée par lui à faire des opérations dans ce pays, perde, suivant l'heureuse expression de M. *Weiss*, l'étiquette de son origine et devienne, par une sorte de naturalisation, la nationale de ce Gouvernement? Nous nous refusons à le croire. A notre avis, la reconnaissance d'une société par un Etat étranger a pour unique effet d'habiliter cette société à agir dans les limites de l'Etat qui lui en a concédé le droit ; elle ne saurait entraîner pour elle un changement de nationalité, ni la soumettre à des lois qui, n'ayant pas présidé à sa constitution, doivent rester étrangères à son fonctionnement. Il n'y a pas de raison sérieuse pour traiter de façon différente les êtres physiques et les êtres moraux : les uns et les autres, lorsqu'ils appartiennent à un même pays, agissent sous la protection d'une même loi, qui a déterminé leurs droits et leurs obligations et cette loi doit les suivre partout où il leur est loisible d'étendre leur activité. « Quand des sociétés constituées à l'étranger », est-il dit dans le rapport de M. *Pirmez* sur la loi belge du 18 mai 1873, « viennent faire quelques opérations en Belgique, la loi belge doit traiter ces individualités morales comme elle traite les individualités physiques et les admettre à con-

1. Pages 15 et suiv.

tracter et à plaider, en laissant discuter leur existence ou leur capacité d'après la loi de leur pays » (1). Cette manière de voir, qui a été implicitement consacrée par la loi belge, a pour elle les suffrages à peu près unanimes des auteurs, qui n'hésitent pas à reconnaître que les conditions constitutives de l'existence des sociétés commerciales étrangères et l'étendue de leur capacité sont exclusivement régies par les lois du pays où elles ont leur siège (2). Une jurisprudence constante vient encore fortifier cette doctrine (3).

Maintenant que nous avons dégagé le principe, qui doit servir à résoudre les nombreux conflits susceptibles de s'élever en cette matière, il nous reste à faire l'application de ces règles générales aux principaux cas qui peuvent se présenter.

Un premier point est incontestable. Lorsqu'il s'agit de déterminer, si une société constitue une personne morale et si en tant que collectivité elle peut agir en justice, c'est à la loi étrangère qu'il faudra se référer pour trancher la question (4). Ainsi, lorsque des sociétés comme

1. VINCENT et PENAUD. *Dictionnaire du droit international privé*, 1888, p. 104.

2. LYON-CAEN, *loc. cit.*, n° 41. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, p. 800. WEISS, *loc. cit.*, p. 721. FIORI, *Droit international privé*, p. 355.

3. Cour de Paris, 22 février 1866. *Gazette des Tribunaux* du 9 mars 1866. Tribunal de Courtray, 26 février 1887, *Le Droit* du 1^{er} avril 1887. Cour d'Appel de Gand, 23 juillet 1887. *Le Droit* du 20 septembre 1887.

4. ASSER et RIVIER. *Eléments de droit international privé*, p. 196 et 197. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, p. 803. PIPI, thèse, Paris, 1884.

les sociétés anglaises, connues sous le nom de *partnerships*, n'ont la personnalité civile, d'après la loi étrangère, qu'après enregistrement de leurs statuts, on devra rechercher si cette formalité a été accomplie, pour savoir si dans une instance devant les tribunaux français l'intervention ou la mise en cause de tous les associés est nécessaire, ou si, au contraire, la société peut agir par son représentant. La loi étrangère refuse-t-elle à certaines sociétés, purement et simplement, la personnalité juridique ? Nos tribunaux sont liés par cette disposition et ne sauraient reconnaître ce caractère à ces sociétés, alors même que des sociétés françaises de même nature seraient considérées, en France, comme personnes morales (1). C'est aussi la loi nationale qui doit être consultée sur le point de savoir quelle est la nature d'une société, quel est son caractère, et le Tribunal de commerce de la Seine, le 26 mai 1891, a fait une juste application de cette idée en reconnaissant, qu'une compagnie d'assurances américaine, autorisée par le Gouvernement des Etats-Unis comme société d'assurances mutuelles, devait être considérée comme telle en France (2).

Il ne saurait être douteux non plus, que les sociétés étrangères ne sont à aucun point de vue soumises aux lois

1. Ainsi, d'après l'opinion la plus généralement répandue en Allemagne, les sociétés en commandite par actions, celles en commandite par intérêts et en nom collectif ne jouissent pas de la personnalité morale ; en conséquence, nos tribunaux devront leur dénier ce caractère lorsqu'elles plaideront devant eux.

2. Trib. de com. de la Seine. VINCENT. *Revue pratique de droit international privé*, 1891-1892, p. 112.

françaises en ce qui concerne leur formation et leur fonctionnement. « Lorsque le gouvernement », dit M. *Lyon-Caen*, « autorise les sociétés d'un pays à agir en France, il reconnaît par cela même que ces sociétés sont soumises à des règles donnant toute sécurité aux Français qui pourront contracter avec elles. Dans l'esprit du législateur de 1857, il y aurait double emploi en quelque sorte à leur imposer les règles de précaution édictées par nos lois » (1). De cette idée découlent de nombreuses conséquences. Il en résulte notamment que les articles 1, 2 et 3 de la loi du 24 juillet 1867, modifiées par la loi du 1^{er} août 1893, sont sans application aux sociétés étrangères ; c'est à la loi nationale de la société que le juge devra se reporter, pour savoir si cette société a été valablement constituée et si quelque cause de nullité ne met pas obstacle à son fonctionnement en France (2). Ainsi les auteurs sont généralement d'accord pour décider que l'émission et la négociation sur notre territoire des actions d'une association commerciale étrangère ne sauraient être appréciées au point de vue de la législation française. Le Tribunal correctionnel de la Seine s'est également prononcé en ce sens, le 20 novembre 1888, dans les circonstances suivantes. Le parquet poursuivait un sieur M... qui avait émis et négocié des actions de la société l'Espérance

1. LYON-CAEN, *loc. cit.*, p. 81.

3. Cour de Paris, 22 février 1836. *Gazette des Trib.* du 9 mars 1866. DALLOZ, 1881, 2, 153. La jurisprudence étrangère est également favorable à cette manière de voir. Trib. de comm. de Bruxelles, 14 janvier 1892, CLUNET, 1893, page 1245. Trib. civ. de Huy, 26 janvier 1892. CLUNET, 1893, p. 1246.

avant le versement du quart du capital social, et le ministère public requérait contre lui pour n'avoir pas observé les prescriptions de l'article 1^{er} de la loi de 1867. Le Tribunal, après avoir constaté qu'en fait il s'agissait d'une société belge, renvoya le prévenu des fins de la poursuite, non sans motiver fortement son jugement : « Attendu, a-t-il dit, que M..., en constituant à l'étranger une société anonyme par actions et en se conformant aux prescriptions de la législation du pays où il la constituait, n'avait pas à se préoccuper de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi française en matière de sociétés anonymes par actions ; qu'il est, en effet, de jurisprudence que les règles édictées par la loi du 24 juillet 1867 ne s'appliquent qu'aux sociétés françaises... » (1). C'est aussi la loi nationale de la société qui détermine le taux minimum des actions (2) et qui prescrit les diverses mesures de publicité, de nature à protéger les souscripteurs, et à ce dernier point de vue, il n'y pas à distinguer suivant que la société étrangère a ou n'a pas de succursales en France (3).

Le même principe gouverne le fonctionnement des sociétés, et l'Institut de droit international, dans sa session

1. *Gazette des Trib.*, 1^{er} janvier 1889. C. de C., 16 juin 1885. DAL-LOZ, 1886, 1, 153.

2. La Cour de Paris, le 4 août 1893, a jugé que les acheteurs d'actions d'une société étrangère ne pouvaient se refuser à exécuter leurs engagements sous le prétexte que ces actions avaient été émises à un taux inférieur à 500 francs. CLUNET, 1893, p. 1226.

3. Trib. civ. de Valenciennes, 14 mars 1894. *Le Droit* du 31 mai 1894.

de Hambourg, n'a pas manqué de le recommander à l'adoption de tous les États. Tel est le texte qu'il a approuvé « Article 2. Le fonctionnement des sociétés par actions les pouvoirs, les obligations et la responsabilité de leurs représentants sont régis même dans les autres États, pour les opérations qui y sont faites, par les lois du pays d'origine de ces sociétés (1). » Bien que ce principe n'ait pas encore trouvé place dans une loi positive, il n'est contesté ni par la doctrine (2), ni par la jurisprudence, qui l'une et l'autre, s'en réfèrent à la loi personnelle de chaque société, pour déterminer la mesure dans laquelle les associés sont tenus de payer les dettes sociales et dans quelles conditions le souscripteur d'actions qui les a transférées peut se libérer envers la société. Il suit de là, que la vente régulière, par un Français, d'actions au porteur d'une société anonyme étrangère ne lui permet pas, s'il est actionné devant ses juges naturels, de se soustraire aux effets d'un appel de fonds en se prévalant des dispositions de la loi française de 1867, car sa situation se trouve régie par les textes en vigueur dans le pays dont relève la société étrangère (3). D'un autre côté, nous admettons que la disposition de la loi nationale s'impose à nos tribunaux lorsqu'elle interdit aux compagnies par

1. *Revue de droit international*, 1891, page 396.

2. LYON-CAEN, *loc. cit.*, n° 49. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, page 801. WEISS, *loc. cit.*, page 726 et la note.

3. Trib. de comm. de la Seine, 11 mai 1887, VINCENT et PENAUD, *Dict. de droit intern. privé*, page 808, *idem*, 25 juin 1891, CLUNET, 1893, page 893.

actions de faire aucun contrat en dehors du genre d'affaires énoncé dans l'acte d'association. Nous trouvons cette prohibition dans l'acte législatif anglais du 7 août 1862 appelé « *the companies act 1862* », et nous croyons que les tribunaux français sont tenus d'annuler les contrats passés par une compagnie anglaise qu'ils sont appelés à apprécier et qui portent sur un objet étranger à ceux énoncés par l'acte constitutif (1).

Il va sans dire que les textes qui servent de sanction aux prescriptions de la loi française relatives à la constitution et au fonctionnement de nos sociétés doivent rester sans application à l'égard des associations étrangères. « Il y a un tel lien », disent à ce sujet, MM. *Lyon-Caen* et *Renault*, « entre l'organisation des sociétés et les peines applicables à ceux qui violent les règles concernant leur constitution et leur fonctionnement, que les dispositions spéciales de la loi de 1867 ne sont pas applicables, lorsqu'il s'agit de sociétés par actions étrangères, même à l'occasion de faits accomplis en France (2). » Cette opinion consacrée par la majorité des auteurs (3), et par une jurisprudence constante (4), a cependant rencontré des contradicteurs qui ont soutenu que les sociétés créées hors de nos frontières étaient soumises aux prescriptions

1. Tribunal civil de Bruxelles, 6 déc. 1893, CLUNET, 1894, page 916.

2. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, page 802.

3. LYON-CAEN, *loc. cit.*, nos 47 et s., et CLUNET, 1885, page 269. CHERVET. Thèse de Paris, 1886, page 241.

4. Trib. correct. de la Seine, 20 juin 1883, la *loi* du 21 juin 1883. Cour de Cass., 16 juin 1885, la *loi* du 5 sept. 1885.

pénales des articles 13 et 14 de la loi de 1867 (1). Nous ne saurions partager cette manière de voir. Comment admettre, en effet, qu'un fait tombe sous le coup de la loi pénale, alors qu'il ne constitue pas un délit? On reconnaît que les associations étrangères sont soumises à leur loi nationale en ce qui concerne leur constitution et malgré cela, on leur applique les pénalités portées par le législateur français si elles ne se sont pas mises en règle avec la loi de 1867! N'est-ce pas là une contradiction manifeste et qu'il est impossible d'expliquer?

Telles sont les principales applications que comporte, d'après nous, le principe, en vertu duquel les sociétés étrangères sont régies en France par leur loi nationale; mais, en présence des termes de la loi de 1857, on est en droit de se demander si les diverses solutions que nous avons adoptées ne sont pas contredites par cette loi. Elle permet, en effet, aux sociétés étrangères « d'exercer leurs droits en France, en se conformant aux lois de l'Empire. » Cette expression empruntée au législateur belge et qui se retrouve dans le traité de 1862, conclu entre la France et l'Angleterre, paraît bien imposer l'observation de toutes les lois françaises aux sociétés étrangères, qui veulent faire des opérations dans les limites de notre territoire. On trouve même la confirmation de cette idée dans les travaux préparatoires. Le rapporteur de la

1. MATHIEU et BOURGUIGNAT, *Commentaire de la loi de 1867*, n° 128.

commission, dans son rapport au Corps Législatif, s'exprime de façon à ne laisser aucun doute à cet égard. « Votre commission, dit-il, pense que les mots *lois de l'Empire* ne comportent pas d'exception, qu'ils doivent être maintenus dans l'article 1^{er} comme une confirmation de ce grand principe, que nos lois régissent en même temps qu'elles protègent tous les individus, nationaux ou étrangers, qui vivent ou viennent se placer volontairement sous leur protection. Il faut les entendre, comme les entendait lui-même un des hommes les plus éminents de Belgique, dans leur sens le plus large et le plus étendu ; il faut les maintenir aussi pour que leur absence ne permette à personne, et surtout aux sociétés anonymes étrangères de s'en croire affranchies (1). » La seule lecture de ce passage suffit à en faire ressortir l'exagération. Pris à la lettre, il conduirait à décider que les sociétés étrangères, qui veulent agir en France, sont tenues de se conformer aux prescriptions des lois françaises. Cette interprétation n'est assurément pas admissible et elle est d'ailleurs démentie par le rapporteur lui-même qui en a limité la portée, lorsqu'il assimile, au point de vue de la compétence législative, les sociétés étrangères aux individus. Or, en ce qui concerne ces derniers, il n'est pas douteux que leur loi nationale les suit en quelque lieu qu'ils se trouvent, avec cette restriction toutefois qu'ils sont soumis aux lois françaises de police et de sûreté et que les immeubles qu'ils possèdent en France sont régis également par la loi française. En outre, ils doivent se

1. DALLOZ, 1857, 4, 77.

soumettre aux dispositions spéciales que le législateur a pu prendre à leur égard. Les mêmes principes s'appliquent aux sociétés étrangères et les mots « en se conformant aux lois de l'Empire » n'ont pas d'autre signification. C'est à cette interprétation que s'est arrêtée la Cour de Paris, quelques années seulement après la promulgation de la loi du 30 mai 1857. Dans un arrêt du 22 février 1866, elle s'exprime en ces termes : « Ces expressions « lois de l'Empire » se réfèrent tant aux lois générales de police et de sûreté qu'à celles qui régissent la propriété immobilière et les formes de procédure, mais non aux lois particulières qui régissent dans chaque pays la constitution même des associations industrielles ou commerciales, l'objet de la convention, c'est-à-dire du traité, étant d'assurer l'effet desdites lois même à l'étranger (1). »

Si donc il est vrai que le principe, que nous avons admis en vertu duquel les personnes morales étrangères n'ont pas à observer les lois françaises, est le plus conforme aux règles générales du droit international privé, il n'est pas moins certain que les sociétés commerciales

1. Il s'agissait dans l'espèce de savoir si les administrateurs d'une société anglaise tombaient sous le coup de la loi du 23 mai 1863 pour avoir distribué des dividendes non réellement acquis. La Cour, selon nous, a nettement dégagé le principe, mais elle en a fait une fausse application en repoussant les poursuites. Il est, en effet, incontestable que dans l'espèce les administrateurs avaient violé une loi générale de police et de sûreté. *Gazette des Trib.*, du 9 mars 1866.

créées hors de nos frontières doivent respecter en France les dispositions d'ordre public, en même temps que les prescriptions particulières que notre législateur a jugé bon de leur imposer. Ce sont là les deux ordres de restrictions qui limitent l'application de la loi nationale de chaque société et qui aident à en mesurer l'étendue et la portée.

Parmi les dispositions d'ordre public, il en est qui s'adressent exclusivement aux Français, ce sont des dispositions d'ordre public relatif, tandis que les autres s'imposent à tous ceux qui se trouvent sur le territoire français, nationaux ou étrangers, ce sont les dispositions d'ordre public absolu. Tel est le principe, et s'il paraît des plus simples au premier abord, son application soulève de graves difficultés, qui sont la source de nombreux conflits. Cela tient à ce que l'opinion qu'on se fait des règles de morale varie avec chaque individu suivant le caractère et la manière de voir de chacun. Ainsi tout le monde est d'accord pour dénier à une société étrangère, dont l'objet est regardé en France comme illicite, le droit d'y faire des opérations; mais la divergence des opinions s'accuse, dès qu'il s'agit de déterminer ce qu'il faut entendre par objet illicite. Certains actes, il est vrai, révoltent toutes les consciences, et dans le monde civilisé il ne se trouverait personne pour les approuver.

Pour ceux-là le doute tombe : ils sont unanimement prohibés. On peut citer à titre d'exemple, la vente des esclaves qui soulève une répulsion universelle, et il est bien certain qu'une société étrangère qui aurait cet objet non seulement ne pourrait se livrer à son commerce sur

notre territoire, mais encore elle frapperait en vain à la porte des tribunaux pour obtenir satisfaction. Elle se heurterait à une incompétence absolue, qui ne saurait tomber devant cette considération, que l'acte dont il importe d'apprécier les conséquences aurait été passé dans un pays où la traite des nègres est encore permise. Il suffit d'ailleurs qu'une opération contraire l'ordre public français pour qu'elle soit prohibée chez nous, alors même qu'une législation voisine lui aurait donné son approbation. L'article 3 est formel sur ce point, lorsqu'il décide que « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » Nous ne devons pas rechercher le mobile auquel a obéi le législateur étranger, nous n'avons qu'à nous incliner devant la décision de notre propre législateur. De plus sérieuses difficultés se présentent quand, à raison d'un acte passé hors de nos frontières et interdit par nos lois, la justice française se trouve saisie d'une contestation relative à cet acte. S'agit-il d'un fait contraire à une règle de morale absolue, nous l'avons dit, nos tribunaux devront se déclarer incompétents, mais s'il s'agit d'un fait qui, tout en violant un principe d'ordre public en France, est toléré et peut-être encouragé chez d'autres peuples, quelle solution adopter? Précisons la question. Une société commerciale s'est constituée pour exploiter une maison de jeu, par exemple. Elle fonctionne hors de France, mais elle poursuit pour dette de jeu un Français devant nos tribunaux en vertu de l'article 15 du Code Civil. Ici encore les tribunaux seront-ils tenus de se déclarer même d'office incompétents? La question ainsi posée ne nous semble pas soulever de difficultés : elle comporte

une réponse affirmative. C'est qu'en effet l'engagement dont on poursuit l'exécution en France contrarie un principe d'ordre public et il n'est pas douteux qu'un acte prohibé par nos lois ne saurait être sanctionné par nos tribunaux, fut-il passé en pays étranger. Il n'en est plus de même si nous supposons que le procès, au lieu d'avoir trait à une dette de jeu, soit relatif à un tout autre objet et qu'un entrepreneur ou qu'un commerçant français soit actionné par la même société à l'occasion d'un marché de fournitures ou d'une entreprise de travaux. Nous croyons que dans ce cas l'action serait recevable. On pourrait, il est vrai, faire valoir en sens contraire, que la déclaration de compétence des tribunaux français équivaldrait à reconnaître l'existence même de la société et qu'une telle reconnaissance serait en contradiction avec la règle d'ordre public, qui met obstacle à la constitution et au fonctionnement en France des maisons de jeu (1).

Sans doute nous nous rangerions à cette opinion, si la règle dont il s'agit avait le caractère d'une règle de morale absolue et nous le contestons. Qu'il nous soit permis tout d'abord de remarquer que des législations voisines ont autorisé des maisons de jeu à s'établir dans les limites de leur ressort ; nous ne sommes donc pas en présence d'un principe universellement reconnu. Et puis le législateur n'a-t-il pas lui-même donné à ce principe son vrai caractère ? Après avoir dénié toute action pour dette de jeu, il excepte de cette disposition « les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à che-

1. Cour de Paris, 31 mars 1849, DALLOZ, 1849, 2, 114.

val, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps » (1). Ces diverses exceptions ne sont-elles pas là pour enlever à la règle le caractère absolu qu'on voudrait lui prêter et surtout lorsque le législateur estime que le perdant qui s'est libéré de sa dette a valablement payé et qu'il lui refuse l'action en répétition (2). Une loi assez récente est venue fortifier notre manière de voir, c'est la loi du 28 mars 1885 dont l'article 1^{er} a reconnu légaux tous les marchés à terme qui, au vu et au su de tous, cachent le plus souvent un simple jeu, une spéculation sous les dehors d'une opération sérieuse. Si le jeu est autorisé par nos lois, lorsqu'il revêt la forme d'une spéculation de bourse, c'est qu'il n'est pas considéré comme un acte contraire à l'ordre public absolu. On conçoit dès lors que nos tribunaux reconnaissent en France l'existence des maisons de jeu fondées à l'étranger et qu'ils ne se refusent pas à trancher les contestations, qui leur sont soumises et qui ne se rattachent pas à des opérations de jeu (3).

Il peut se faire que parmi les avantages conférés par une société étrangère aux porteurs de ses titres, il s'en trouve qui violent une règle de morale consacrée par notre législateur et on est en droit de se demander, si ces avantages consentis à des Français doivent être constatés et reconnus à leur profit par une décision de la justice

1. Article 1966 du Code Civil.

2. Article 1967 du Code Civil.

3. En ce sens, LYON-CAEN, *loc. cit.*, pages 72 et s.

française. La question se présentait, il y a quelques années encore, au sujet de l'intérêt servi par les associations commerciales étrangères, lorsqu'il était supérieur au taux fixé par la loi du 3 septembre 1807 ; elle n'a plus d'importance aujourd'hui que la loi du 12 janvier 1886 a abrogé, en matière commerciale, les dispositions relatives à l'intérêt conventionnel et nous la passons sous silence.

Nous devons, au contraire, rechercher si les lots attachés aux actions ou aux obligations d'une société étrangère peuvent faire l'objet d'une action valablement portée devant les tribunaux français. La réponse à cette question se déduit tout naturellement du caractère que l'on reconnaît généralement à ces valeurs qui sont de véritables billets de loterie. Celui qui souscrit à l'émission de valeurs à lots n'a qu'un but, c'est, moyennant l'apport d'une modique somme, de réaliser un gain souvent considérable. Le législateur a voulu proscrire cette sorte de spéculation et il a puni la contravention à ses prohibitions des peines portées à l'article 410 du code pénal, ainsi que le décide la loi du 21 mai 1836. Il s'agit donc ici d'une loi de police et de sûreté et ce serait offenser la morale publique en France que de ne pas appliquer ses dispositions sous ce prétexte, qu'une société étrangère protégée par sa loi nationale a pu valablement émettre des valeurs à lots. Tel a d'ailleurs été le sentiment du Tribunal correctionnel de la Seine qui, le 18 juin 1885, a nettement établi que la vente des obligations à lots de la ville de Bruxelles, dont la cote à la Bourse de Paris avait cessé d'être autorisée depuis l'expiration du traité de commerce du 1^{er} mai 1861, constituait une infraction à l'article 2 de la

loi du 21 mai 1836 et à l'article 410 du Code pénal (1). On serait peut-être tenté de nous objecter que le législateur n'a pas craint d'apporter quelques exceptions au principe que nous regardons comme un principe d'ordre public absolu. Il est vrai qu'il a parfois accordé à des villes, à de grands établissements de crédit, à des sociétés même (2), l'autorisation d'émettre des obligations à lots ; mais ce ne sont là que de rares exceptions et si l'on jette un coup d'œil sur la liste des valeurs admises à la cote officielle, on se rendra compte aisément que la proportion de ces obligations par rapport aux autres est bien minime. Peut-être la faveur que ces sortes de valeurs ont rencontrée dans le public amènera-t-elle le législateur à lever sa prohibition, mais jusqu'ici, elle a conservé son caractère absolu de moralité et nous devons le respecter (3).

Relativement à l'application des règles françaises d'ordre public aux sociétés étrangères, on a élevé la question de savoir si l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867, ne constituait pas une disposition générale applicable à ces dernières aussi bien qu'à nos sociétés nationales. Ce texte punit des peines de l'article 405 du Code pénal : « 1^e Ceux qui par simulation de souscriptions ou de versements ou par publication, faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres

1. *Revue des sociétés*, 1885, page 644.

2. C'est sous cette forme qu'ont été émises les obligations de certains emprunts de la Ville de Paris, du Crédit foncier et de la société de Panama.

3. En ce sens LYON-CAEN, *loc. cit.*, pages 91 et 92.

faits faux ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ; 2° ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont de mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque ; 3° les gérants qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs. »

Des auteurs soutiennent (1), et la jurisprudence s'est par deux fois prononcée en ce sens (2), que ces délits ne peuvent être réprimés par nos tribunaux que s'il s'agit de souscriptions aux actions de sociétés françaises et non de sociétés étrangères. A l'appui de ce système on fait observer que la constitution et le fonctionnement des associations créées hors de nos frontières sont soumises à la législation étrangère et que celle-ci est seule juge des peines à porter contre ceux qui s'écarterent de ses prescriptions. Nous avons nous-même défendu cette manière de voir (3), et cependant nous ne pouvons nous rallier à la doctrine que nous venons d'exposer. Et, en effet, les manœuvres punies par l'article 15, constituent de véritables délits qui doivent être réprimés par cela seul qu'ils ont été consommés sur le territoire français. Ce sont autant de faits constitutifs du délit d'escroquerie et aux

1. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, page 802 et note 2.

2. Cour de Paris, 22 février 1866, *Gazette des Trib.*, du 9 mars 1866. Cour de Paris, 13 juin 1872, Dalloz, 1872, 2, 164.

3. Voir pages 84 et s.

termes de l'article 3 §1 du Code civil tous les délits, quels qu'ils soient, tombent sous le coup de notre loi pénale dès qu'ils sont commis en France. La Cour de Cassation a, par arrêt du 16 août 1873, consacré cette dernière opinion dans les termes suivants : « Attendu que l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés punit des peines portées par l'article 405 du Code pénal ceux qui par des publications fausses, faites de mauvaise foi, auront obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ; que cette disposition générale n'admet aucune distinction entre les agents des compagnies françaises et ceux des compagnies étrangères qui ont obtenu des souscriptions en France à l'aide de ces publications mensongères ; que s'il importe de protéger les capitalistes contre les exploitations dont ils sont trop souvent victimes, cette protection est surtout nécessaire lorsque la fraude a pour but de faire passer à l'étranger les ressources de l'épargne française » (1). Telle est aussi l'opinion généralement acceptée par la majorité des auteurs (2).

Les sociétés autorisées en vertu de la loi de 1857 ou par un traité ne sauraient prétendre à aucun privilège en matière de procédure ; un principe d'ordre public absolu exige ici encore que la loi française soit seule applicable. On ne concevrait pas qu'un tribunal, pour rendre une décision, suive les règles établies par un législateur dont

1. *Gazette des Trib.*, du 30 août 1873.

2. WEISS, *loc. cit.*, page 725. VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, II, page 189.

il ne tient pas son pouvoir de juger. « On ne trouve pas d'exemple », dit *Fœlix*, « qu'une nation ait accordé un effet quelconque dans son territoire aux lois étrangères concernant la compétence des autorités et la forme de procéder devant elles (1) ». Par application de ce principe, c'est la loi française qui déterminera le mode et les délais de comparution, la constitution du Tribunal, le mode de rédaction du jugement, les délais des voies de recours et de la péremption d'instance. Ces divers points ne sont pas contestés. On discute sérieusement, au contraire, la question de savoir si la clause compromissoire insérée dans les statuts d'une société étrangère, conformément à la loi étrangère, est opposable en France à un actionnaire français. Nous avons vu que ce dernier peut valablement renoncer au bénéfice de l'article 14 du Code civil (2), mais peut-il en même temps s'engager à porter toute action relative aux actes sociaux devant des arbitres sans que les conditions exigées par l'article 1006 du Code de procédure aient été remplies ? Cette stipulation n'est-elle pas contraire à l'ordre public en France et si la nullité en est demandée devant un tribunal français celui-ci ne sera-t-il pas tenu de la prononcer ? Cette clause compromissoire est nulle assurément lorsqu'elle se trouve dans les statuts d'une société française et qu'elle ne désigne, ni l'objet du litige, ni les noms des arbitres. Cette règle, d'après nous, n'intéresse pas l'ordre public international et nous croyons, en conséquence, que la validité de la clause compromis-

1: FÆLIX, *Traité du droit international privé*, t. I, page 276.

2. Voir page 35.

soire insérée dans l'acte constitutif d'une société étrangère doit être admise par nos tribunaux, à la condition toutefois que la clause dont il s'agit ne soit pas nulle d'après la loi du pays de cette société (1). La doctrine est à peu près unanime à proclamer la validité de la clause compromissoire (2) ; mais la jurisprudence est divisée. Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris a récemment prononcé la nullité d'une clause compromissoire insérée dans les statuts d'une société étrangère, parce qu'elle ne contenait pas les désignations prescrites par l'article 1006 du Code de procédure (3). Nous devons cependant reconnaître que la plupart des décisions judiciaires ont consacré l'opinion contraire. Qu'il nous suffise de citer en ce sens trois arrêts de la Cour de Paris des 9 mars 1887, 2 mars 1892 et 10 avril 1894 (4).

Ce n'est pas seulement lorsqu'une règle d'ordre public

1. M. LYON-CAEN (*De la condition légale des sociétés étrangères en France*, n° 57), avait primitivement admis que les tribunaux français devaient se déclarer incompétents en vertu d'une clause compromissoire nulle, même d'après la loi nationale de la société par cette raison que la renonciation du Français au droit de se prévaloir de l'article 14 n'en était pas moins certaine. Notre savant maître est revenu sur cette opinion qui avait le grave tort de diviser une clause indivisible en elle-même.

2. LYON-CAEN, *loc. cit.*, p. 57. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, page 803.

3. Cour de Paris, 5 juillet 1894, CLUNET, 1895, page 90. En ce sens DALLOZ, 1867, 2, 21.

4. DALLOZ, 1888, 2, 49, VINGENT, *loc. cit.*, page 275, CLUNET, 1894, page 878.

est en cause que la loi française doit recevoir son application à l'exclusion de la loi étrangère, le principe de la souveraineté des Etats permet aussi au législateur d'édicter certaines prescriptions à l'égard des sociétés commerciales étrangères, qui veulent ester en justice en France et y faire des opérations. Si le caractère cosmopolite du commerce exige que l'accès de notre territoire soit ouvert aux associations des autres pays, l'intérêt de notre commerce national veut de son côté, que l'épargne française soit efficacement protégée ; aussi ne faut-il pas s'étonner que le législateur ait pris des mesures, afin de garantir à nos nationaux la protection à laquelle ils ont droit.

Cette considération est de nature à expliquer la raison d'être de la caution *judicatum solvi* imposée à tout étranger, personne physique ou personne morale (1), qui intente une action en France contre un Français. Il est fort bien d'accorder aux étrangers la faculté de s'adresser à nos tribunaux ; mais il ne faut pas que cette faculté soit la source de fâcheux abus et que les étrangers en profitent pour engager des procès téméraires ou injustes. La caution *judicatum solvi* est destinée à empêcher ces poursuites inconsidérées. Mais n'a-t-on pas été trop loin dans cet ordre d'idées ? Nous inclinons à le croire en présence de la disposition de la loi toute récente du 5 mars 1895, qui a étendu aux matières commerciales l'applica-

1. Trib. de Nevers, 15 décembre 1891, VINCENT, *Revue pratique de droit int. privé*, 1891-1892, page 187. Trib. civ. de Lyon, 1^{er} juillet 1893, CLUNET, 1894, page 106.

tion de l'article 16 du code civil. Sur ce point, notre législateur ne nous semble pas avoir réalisé une heureuse réforme. Les raisons les plus sérieuses justifient la faveur dont jouissaient jusqu'ici les instances commerciales. Il suffit de rappeler que ces instances occasionnent peu de frais et surtout qu'elles nécessitent une solution rapide que l'obligation de fournir caution viendrait retarder.

Le projet de loi sur les sociétés par actions nous paraît mieux inspiré lorsque, dans son article 94, il dispose qu'une certaine publicité doit être donnée en France aux statuts d'une société étrangère qui veut y établir une agence ou une succursale. La publicité donnée à l'acte social fait connaître à tous les intéressés le but de la société, son siège et les ressources dont elle dispose, elle leur permet de se rendre compte de l'importance de l'entreprise, des garanties qu'elle présente, des bénéfices qu'elle laisse espérer. Il est incontestable que tous les risques ne sont pas supprimés par le fait même de la publicité ; mais les capitalistes français invités à souscrire aux actions ou aux obligations d'une société étrangère ou désireux de contracter avec ses représentants s'engageront en connaissance de cause ; ils seront à même de juger tout au moins si la société est sérieuse. Du reste, quels qu'ils soient, les avantages qui résultent de la publicité des statuts d'une société étrangère sont manifestes et l'Institut de droit international a reconnu l'utilité de cette mesure en recommandant à tous les Etats l'adoption de la règle suivante : « La société par actions qui établit des agences ou succursales dans un pays étranger doit y remplir les

formalités de publicité prescrites par les lois de ce pays pour les sociétés nationales » (1).

A un autre point de vue encore, la loi française régit les sociétés étrangères qui se livrent à des opérations sur notre territoire ou y possèdent des biens, nous voulons parler de la législation applicable en matière de droits fiscaux. Suivant la remarque de MM. *Lyon-Caen* et *Renault* « les sociétés étrangères auraient été favorisées au détriment des sociétés françaises, si les titres des sociétés étrangères n'avaient été soumis aux mêmes impôts que ceux des sociétés françaises (2). » Ces impôts sont de trois sortes, l'impôt du timbre, l'impôt de transmission, l'impôt sur le revenu et depuis la loi du 29 juin 1872, ils frappent non-seulement les titres admis à la cote officielle, mais encore ils atteignent ceux qui circulent sur le marché en banque. Le paiement de ces divers droits serait tout à fait aléatoire à l'égard des sociétés étrangères qui n'ont pas de biens en France, si le gouvernement avait manqué de prévoyance : il a assuré l'observation des lois fiscales en imposant à toute société étrangère, dont les titres sont cotés à la Bourse, l'obligation de désigner avant toute opération en France, un citoyen français personnellement respon-

1. La loi belge du 18 mai 1873 avait déjà prescrit la publication des statuts des sociétés étrangères qui voulaient établir des succursales en Belgique. Son article 130 est ainsi conçu : « Les articles relatifs à la publication des actes et des bilans.... sont applicables aux sociétés étrangères, qui fonderont en Belgique une succursale ou un siège quelconque d'opérations. » L'article 230 du Code de commerce italien du 1^{er} janvier 1883 établit la même prescription.

2. LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, page 815.

sable des droits et amendes qu'elle a pu encourir (1).

Mais si l'administration est garantie efficacement du paiement de la triple taxe, lorsque les titres d'une société étrangère ont été admis à la cote officielle, elle est désarmée, au contraire, si les titres sont négociés par la coulisse ou par les banquiers. Elle peut toujours, il est vrai, récupérer le droit de timbre, car du moment que le titre est mis en vente en France, c'est le porteur même du titre qui est responsable du droit; mais il n'en est plus de même pour la taxe de transmission et pour la taxe sur le revenu, puisque c'est aux sociétés mêmes, qui émettent ces titres qu'incombe le paiement de ces deux derniers droits.

Cette situation désavantageuse pour les valeurs françaises n'a pas échappé au gouvernement qui s'est décidé à y mettre un terme, en insérant dans le projet de budget de 1896 de nouvelles dispositions. « Une pareille situation », dit le Ministre des finances dans l'exposé des motifs, « appelle un prompt remède, car s'il importe, à tous les points de vue, de ne pas fermer le marché français aux titres étrangers, il n'est pas moins indispensable de faire cesser une inégalité qui constitue une injustice à l'égard de nos propres titres » (2). C'est pour remédier à cet état de choses que le gouvernement demande aux Chambres dans la loi de finances qui va bientôt entrer en discussion, de majorer le droit de timbre auquel jusqu'ici aucun titre ne paraît avoir échappé. Ce droit, à l'heure

1. Art. 10, décret du 17 juillet 1857 et art. 4 du décret du 6 décembre 1872.

2. La loi du 21 novembre 1895.

actuelle, s'élève à 1,20 0/0 payé au comptant, une fois pour toutes (1), il serait porté à 2 0/0 du capital, si les Chambres acceptent le chiffre du gouvernement approuvé par la commission du budget. En outre, au lieu d'être payé une fois pour toutes, le nouveau droit serait perçu *« chaque fois que le titre déjà timbré sera l'objet d'une négociation, exposition en vente ou énonciation dans un acte ou écrit, soit public, soit sous signature privée, autre qu'un inventaire, si ces faits se produisent cinq ans au moins après le dernier paiement de l'impôt »* (2). Mais la commission du budget n'a pas voulu suivre le gouvernement dans cette dernière voie, et tout en acceptant la majoration du droit de timbre, elle a repoussé le principe même de la perception quinquennale.

Dans le but légitime d'assurer l'exécution de ces nouvelles mesures, le gouvernement a inséré dans la loi de finances le texte suivant que nous croyons utile de reproduire dans son entier : *« Article 20. — L'article 2 de la loi du 30 mars 1872 est ainsi modifié :*

« Nul ne peut négocier, exposer en vente ou énoncer dans un acte ou écrit, soit public, soit sous-seing privé, autre qu'un inventaire, lorsqu'ils n'ont pas été préalablement timbrés au droit spécifié dans l'article 18 de la présente loi :

« 1° Des titres de rentes, emprunts et autres effets publics des gouvernements étrangers;

2° Des titres d'actions ou d'obligations émis par des

1. Ce droit de 1,20 0/0 peut être remplacé par une taxe annuelle de 0,06 payée annuellement et par abonnement.

2. Article 18 de la loi de finances de 1896.

sociétés, compagnies ou entreprises étrangères, villes, provinces et corporations étrangères, qui n'acquitteraient pas la taxe d'abonnement prévue par l'article 10 du décret du 17 juillet 1857 et l'article 4 du décret du 24 mai 1872.

« Tout acte ou écrit, soit public, soit sous signature privée, qui énoncera l'un des titres visés au présent article, devra indiquer le lieu, la date et le numéro de visa pour timbre, ainsi que le montant du droit de timbre payé, ou si la formalité a été donnée au moyen, soit du timbre extraordinaire, soit d'un timbre mobile, les mentions contenues dans l'empreinte du timbre apposé.

« Chaque contravention aux dispositions du présent article, sera punie d'une amende de 5 0/0 en principe de la valeur normale des titres qui seront négociés, exposés en vente, ou énoncés dans des actes. En aucun cas, l'amende ne pourra être inférieure à 100 francs en principal. Toutes les parties seront solidaires pour le recouvrement des droits et amendes. Tout officier public ou ministériel, qui aura contrevenu aux dispositions qui précèdent, demeurera responsable des droits de timbre et sera, en outre, passible personnellement d'une amende de 100 francs en principal ».

Il n'est pas inutile de faire remarquer que l'impôt du timbre ainsi réglementé ne s'appliquera pas aux sociétés étrangères, qui ont en France un représentant responsable, puisqu'elles supportent nécessairement la triple taxe que les valeurs françaises sont obligées d'acquitter. Il pèsera uniquement sur celles qui n'ont pas de repré-

sentant, sans toutefois les exonérer de la taxe sur le revenu et de l'impôt de transmission auxquelles, il faut l'espérer du moins, les nouvelles dispositions proposées par le Ministre des finances ne leur permettront plus de se soustraire. Mais alors même qu'elles n'auraient pas toute l'efficacité qu'on est en droit d'en attendre, il n'en est pas moins constant que le nouveau régime fiscal, qui sera bientôt applicable aux sociétés étrangères, est de nature à donner satisfaction, au moins en partie, aux sociétés françaises et que l'inégalité dont ces dernières sont victimes disparaîtra dans une certaine mesure.

Les pouvoirs publics se sont aussi préoccupés de l'émission et de la négociation des valeurs étrangères sur le marché français. Diverses mesures ont été prises, afin de mettre obstacle aux agissements en France de sociétés sans consistance, qui auraient attiré hors de nos frontières les capitaux français pour les perdre sans retour dans des opérations aventureuses. Ces mesures visent à la fois l'émission et la négociation officielle des titres étrangers.

Suivant la définition donnée par l'administration de l'enregistrement elle-même « l'émission en France doit s'entendre *lato sensu*, de toute opération qui a pour objet d'introduire les titres étrangers sur le marché français, soit qu'elle consiste dans un premier placement de titres nouvellement créés, soit qu'elle ait lieu par voie de négociations de titres antérieurement émis à l'étranger. » Telle est la première opération à laquelle se prêtent les valeurs étrangères et qui a été réglementée tout d'abord par la loi du 29 juin 1872 (art. 4) et par le décret du 6 décembre de la même année (art. 4). Il résulte de ces

textes, que l'émission de titres étrangers en France ne peut avoir lieu sans l'agrément d'un représentant responsable par le Ministre des finances qui, dans le mois de l'émission ou de la souscription, « détermine le nombre des titres qui doivent servir de base à la perception des droits de timbre et de transmission, ainsi qu'à l'assiette de la taxe sur le revenu (1). » Quant à la négociation officielle des valeurs étrangères, elle a fait l'objet du décret du 7 février 1880. Ce décret, après avoir délégué aux chambres syndicales des agents de change le droit d'accorder, refuser, suspendre ou interdire à leurs bourses respectives la négociation des titres étrangers (que le Ministre des finances a de son côté la faculté d'interdire) (art. 5), détermine les diverses conditions auxquelles est subordonnée l'admission de ces titres à la cote.

Aux termes de l'article 2, la chambre syndicale doit exiger avant d'admettre une valeur étrangère à la cote officielle la remise des pièces suivantes : 1° Les actes publics ou privés en vertu desquels cette valeur a été créée ; 2° la certification par l'autorité consulaire établie en France, que ces actes sont conformes aux lois et usages de leur pays d'origine ; 3° la justification de l'agrément par le Ministre des finances d'un représentant responsable du paiement des droits du Trésor. Elle peut même demander le dépôt de toutes les pièces qu'elle juge nécessaires. Ce n'est pas tout, aucune action étrangère n'est susceptible d'être négociée en bourse si, d'une part, elle n'est pas libérée du quart et si, d'autre part elle est inférieure à

1. Article 4 du décret du 6 décembre 1872.

100 francs, lorsque le capital de l'entreprise n'excède pas 200.000 francs, où si elle est de moins de 500 francs, lorsque le capital est supérieur à cette somme. A ce dernier point de vue et à la suite du vote de la loi du 1^{er} août 1893, qui a abaissé le taux minimum des actions émises par les sociétés françaises, le décret du 7 février 1880, a été modifié par celui du 1^{er} décembre 1893. Aujourd'hui, sous l'empire de ces nouvelles prescriptions, « les actions étrangères admises à la cote ne peuvent être de moins de 25 fr., lorsque le capital des entreprises n'excède pas 200.000 fr., ni de moins de 100 fr., si le capital est supérieur à 200.000 francs (1) ».

Ce sont là les mesures auxquelles sont assujetties l'émission et la négociation sur le marché français des valeurs étrangères. Il convient de rechercher, si elles ont porté tous les fruits qu'on en attendait et si elles ont garanti l'épargne française contre les tentatives dirigées par les sociétés étrangères, pour détourner nos capitaux de leur destination normale. Ont-elles du moins été assez efficaces, pour mettre obstacle aux agissements de compagnies peu sérieuses et pour ne permettre l'accès du marché qu'à des valeurs de tout repos ?

Il est une constatation qui mérite d'être faite et qui montre jusqu'à quel point les capitalistes français recherchent les valeurs étrangères. Actuellement nous possédons 20 milliards de ces valeurs et un publiciste a pu très justement dire que nous étions les commanditaires de tous les pays étrangers. Certes, nous devons reconnaître à

1. Article 1^{er} du décret du 1^{er} décembre 1893.

chacun le droit de placer ses économies comme il l'entend ; mais n'est-il pas à souhaiter tout au moins, que le législateur s'efforce de retenir nos capitaux en France pour les faire servir au développement de nos richesses nationales et qu'il en empêche l'exode dans des régions inconnues ? Nous croyons que le devoir des pouvoirs publics est de tendre à ce but et surtout, lorsque nous voyons notre marché inondé de titres sans valeur. Les derniers événements ne sont-ils pas là pour justifier l'intervention du législateur ? En ces derniers temps la fièvre de la spéculation s'est emparée des esprits, même les plus calmes, le public s'est jeté avec fureur sur les titres des sociétés anglaises de mines d'or (1), sans se préoccuper des garanties qu'ils offraient. Combien ont été victimes de leur imprévoyance ! Ces faits, il faut bien le reconnaître, ont vivement ému les Chambres, ils ont même été l'objet d'une question adressée au Ministre des finances (2). Des mesures nouvelles s'imposent.

Il est incontestable que les valeurs étrangères admises à la cote officielle offrent de sérieuses garanties ; mais celles qui remplissent cette condition sont fort rares et la plupart sont négociées par la coulisse. Ainsi, en ce qui concerne les sociétés anglaises créées pour l'exploitation des mines d'or du Transvaal, il y en a quatre ou cinq peut-être sur les sept cent cinquante qui font des opérations en France, qui aient sollicité de la chambre syndi-

1. On estime que l'épargne française a versé plus d'un milliard entre les mains des compagnies anglaises.

2. Question de M. Marcel Habert, député. *Journal officiel* du 8 novembre 1895.

cale des agents de change l'admission à la cote de la bourse. Du reste, l'état actuel de la législation ne permet pas qu'il en soit autrement. Le plus grand nombre de ces valeurs sont, en effet, des actions de 25 francs et le décret du 1^{er} décembre 1893 s'oppose à ce qu'elles puissent être officiellement cotées (1). Ne conviendrait-il pas alors de modifier ce décret et d'ouvrir l'accès du marché officiel même aux actions étrangères de 25 francs émises par des sociétés dont le capital serait supérieur à 200.000 francs ? A notre avis, de sérieux avantages en résulteraient. Tout d'abord le Trésor percevrait nécessairement les trois taxes auxquelles sont soumis les titres étrangers qui, en réalité, ne supportent actuellement que l'impôt du timbre. En outre, le public serait mis en garde contre les mauvaises valeurs, car il y a tout lieu de croire que les chambres syndicales des agents de change ne se prononceraient qu'après une étude attentive et n'admettraient à la cote officielle que les titres de sociétés sérieuses. Il est vrai que la coulisse négocierait encore les titres des sociétés sans consistance, mais ces titres ne manqueraient pas d'être frappés de discrédit, et l'épargne française courait moins de risques.

Mais cette mesure, si elle est de nature à protéger les capitalistes contre des placements aventureux, ne mettrait pas obstacle à l'exode de nos capitaux hors de France, qu'il faut à tout prix arrêter. On a remarqué que

1. D'après ce décret ne peuvent être cotés que les actions de 25 fr. des sociétés étrangères dont le capital est inférieur à 200.000 francs.

la faveur dont jouissent les titres étrangers auprès de la petite épargne tient à la modicité de leur valeur. On souscrit volontiers, lorsqu'on a peu de ressources, à l'émission d'actions de 25 francs, mais on ne saurait souscrire à l'émission d'actions de 500 francs, ou même de 100 francs. Aussi croyons-nous qu'il serait bon de ne pas laisser aux sociétés anglaises le monopole des actions de 25 francs et de permettre à nos sociétés nationales d'en émettre à leur tour. La loi du 1^{er} août 1893 nous a donné satisfaction dans une certaine mesure ; mais la réforme qu'elle a opérée sur ce point demande à être complétée et il conviendrait aujourd'hui d'autoriser l'émission d'actions de 25 francs, même lorsqu'il s'agit de sociétés dont le capital est supérieur à 200.000 francs. Une proposition de loi de MM. Méline et Graux députés a d'ailleurs été déposée en ce sens et on peut espérer qu'elle ne tardera pas à être adoptée par les deux Chambres (1). Elle comprend deux articles dont voici le texte : « *Article 1^{er}. Le § 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1893 est modifié comme suit :*

Les sociétés en commandite, quel que soit leur capital, peuvent se diviser en actions de vingt-cinq francs au moins.

1. La commission chargée d'examiner cette proposition de loi a été élue le 26 novembre 1895, et sur les onze commissaires élus, deux sont hostiles à la proposition, huit l'ont approuvée, le onzième membre de la commission s'est déclaré partisan de la création d'actions de 20 francs, qui seraient éminemment françaises, tandis que les actions de 25 francs, soit une livre sterling, ne répondent qu'aux besoins anglais.

Article 2. — Un décret rendu en forme de règlement d'administration publique, déterminera les conditions de négociation en France, des valeurs étrangères. »

Dans l'exposé des motifs, les auteurs de la proposition font remarquer qu'il ne s'agit pas d'une « loi de circonstance, ayant pour but de conjurer le désastre d'une spéculation passagère », mais d'une réforme économique, industrielle et sociale, donnant au marché français la possibilité de lutter contre les valeurs étrangères et permettant à la petite épargne de participer aux grandes entreprises réservées jusqu'ici aux gros capitaux. L'expérience mérite d'être tentée ; si elle ne réussit pas, il sera temps encore de prendre d'autres mesures et si elle donne de bons résultats on devra étendre la portée de la proposition aux sociétés anonymes.

Le projet de loi de 1883 sur les sociétés contient de son côté certaines dispositions destinées à protéger les capitalistes français. Les articles 92 et 93 relatifs à l'émission des actions et des obligations des sociétés étrangères soumettent ces dernières aux règles imposées par la loi française à nos sociétés nationales. Voici le texte de ces articles tel qu'il a été voté par le Sénat : article 92 « Les actions des sociétés étrangères ne peuvent être émises ou négociées en France, qu'autant qu'elles ne sont pas de moins de 50 francs, quand le capital n'excède pas 100.000 francs, de moins de 100 francs quand le capital est supérieur à 100.000 francs et n'excède pas 200.000 francs ni de moins de 500 francs lorsqu'il est supérieur. En outre, aucune négociation de ces actions ne peut avoir lieu

avant la souscription de la totalité du capital social, le versement par chaque actionnaire du quart du montant des actions par lui souscrites, et la constitution définitive de la société. »

Article 93 : « Les obligations des sociétés étrangères remboursables à un taux supérieur au prix d'émission ne peuvent être émises ou négociées en France, qu'autant qu'elles répondent aux conditions fixées par l'article 75 » (1).

Ces règles nous paraissent excessives. S'il est juste de prendre des mesures protectrices en faveur de l'épargne nationale, il ne faut pas aller jusqu'à imposer aux sociétés étrangères les conditions fixées par la loi aux sociétés françaises. Nous avons admis que la constitution des sociétés devait être régie par la loi nationale de chaque société, et ce serait violer ce principe que de subordonner l'émission et la négociation en France des valeurs étrangères aux prescriptions de la loi française.

1. L'Institut de droit international, dans sa session de Hambourg, s'est prononcé dans le même sens : « Les conditions légales, soit des émissions, soit des négociations d'actions ou d'obligations des sociétés étrangères sont celles qu'exige la loi du pays dans lequel ces émissions ou négociations sont faites, pour les actions ou obligations nationales ». *Revue de droit international*, 1891, page 396.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES¹ DANS LA THÈSE.

- I. — Le droit romain est un droit éminemment formaliste.
- II. — Le *libripens* n'était pas un personnage officiel investi d'une fonction publique.
- III. — L'*antestatus* doit être distingué du *libripens* sans qu'il puisse être regardé comme un témoin.
- IV. — L'investiture de la propriété à Rome se réalisait par la baguette et non par le fêtu de paille.
- V. — Le mariage romain ne se contractait pas *solo consensu*.
- VI. — La justice, dans les premiers temps de la législation romaine, était une justice sans procès mais avec des formes.
- VII. — Le formalisme n'a pas complètement disparu dans le dernier état du droit.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

- I. — L'*infantia* désignait en droit classique les sept premières années de la vie.
- II. — Les servitudes n'ont jamais été susceptibles d'être acquises par pactes et stipulations.

- III. — La *querela inofficiosi testamenti* était ouverte à l'héritier qui avait reçu des donations entre vifs, alors même que l'ascendant donateur aurait formellement exprimé que la valeur des biens donnés s'imputerait sur la quarte légitime.
- IV. — Le principe que l'*in integrum restitutio* est un *ultimum subsidium* n'est pas absolu.

DROIT FRANÇAIS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

- I. — La nationalité des sociétés se détermine par le lieu de leur exploitation principale.
- II. — Les sociétés commerciales étrangères ont une existence légale même en dehors de leur pays d'origine.
- III. — Les sociétés par actions étrangères ne peuvent pas agir en justice comme demandereses sans une autorisation préalable; mais elles peuvent être poursuivies comme défenderesses devant les tribunaux français.
- IV. — Les sociétés étrangères anonymes ou en commandite par actions qui se constituent librement dans leur pays, conformément à leur loi nationale, ne rentrent pas dans les termes de la loi du 30 mai 1857; une autorisation spéciale est nécessaire mais suffisante pour les habilitier à ester en justice en France.

- V. — La loi du 24 juillet 1867 n'a pas abrogé la loi du 30 mai 1857.
- VI. — La loi du 30 mai 1857 reste applicable aux sociétés étrangères dont la constitution n'est plus assujettie à l'autorisation de leur gouvernement et qui sont soumises au système de la réglementation légale.
- VII. — La clause de la nation la plus favorisée insérée dans le traité de Francfort n'implique pas pour les sociétés françaises le droit d'ester en justice en Alsace-Lorraine.
- VIII. — En principe, la loi applicable en France aux sociétés étrangères est la loi personnelle de chaque société.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

DROIT CIVIL

- I. — L'article 504 du Code civil n'est pas applicable aux donations entre vifs et aux testaments.
- II. — L'action tendant à faire révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal est prescriptible par dix ans à partir du jour de la dissolution du mariage.
- III. — Les contrats à titre onéreux autres que la vente sont, en principe, permis entre époux.
- IV. — En cas de surenchère, lorsque l'adjudicataire est un étranger, le jugement d'adjudication n'opère

pas rétroactivement la résolution de l'acquisition ; il transfère à nouveau la propriété de l'immeuble.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. — Les tribunaux français sont compétents pour juger les contestations entre étrangers lorsque l'action porte sur un droit dont les étrangers ont la jouissance en France.

II. — Le Français en pays étranger peut faire son testament dans la forme d'un acte purement privé autorisé par la loi locale.

III. — La succession mobilière est régie par la loi du domicile du défunt.

IV. — Les tribunaux français ne peuvent réviser les jugements étrangers.

DROIT PÉNAL

L'action en responsabilité n'est pas prescrite par le même laps de temps que l'action publique.

Vu : le Président de la thèse,
LAINÉ

Vu : le Doyen,
COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages
INTRODUCTION.....	5
Caractère formaliste des législations primitives ; prédominance de ce caractère dans l'ancien droit romain ; ses causes ; opinion de Heinnecius ; sa réfutation.....	5-12
PLAN.....	13
CHAPITRE I. — Des manifestations du formalisme dans les premiers temps de la législation romaine.....	14
Indications sommaires sur les divers éléments du formalisme.....	14-16
<i>Section I.</i> — La parole.....	16
Nécessité pour les parties d'exprimer leur volonté à l'aide de formules légales et obligatoires. Sa raison d'être.....	16-17
Caractères particuliers des formules : 1° Les termes en étaient strictement déterminés ; sanction de ce principe ; devoir du juge ; fait rapporté par Gaius ; procédés pratiques usités en vue de se soustraire à la rigueur de la sanction : rédaction de formulaires ; les principaux ; variété des formules qu'ils contiennent, formules dont tous les termes devaient être reproduits sans aucune modification ni interversion, formules qui devaient être complétées ; 2° Les formules devaient être récitées ; preuves à l'appui de cette proposition tirées des textes et de la terminologie. L'obligation de réciter les formules n'excluait pas la faculté de rédiger	

	Pages
un écrit; 3° Les parties étaient tenues de prononcer elles-mêmes les paroles sacramentelles ; cas d'application ; exceptions ; moyen détourné en usage pour se soustraire aux inconvénients de cette règle.....	16-27
Avantages de l'acte formel, il protège l'expression de la volonté, il ne laisse aucune doute sur la conclusion de l'acte et permet de reconnaître le caractère et la nature juridique du contrat. — Ses inconvénients : obligation pour les parties d'être présentes ; situation différente faite à ceux qui connaissaient les formules et à ceux qui les ignoraient ; rôle des prudents ; encouragement donné à la fraude.....	27-29
<i>Section II. — Les solennités.....</i>	30
Raison d'être des solennités à l'origine ; leur classification.	
Principaux actes solennels : 1° Actes <i>per æs et libram</i> ; éléments solennels de ces actes : <i>Nuncupatio</i> ; nombre des personnes présentes : les parties : le <i>libripens</i> , son rôle ; <i>l'antestatus</i> , son rôle ; les témoins, leur nombre ; emploi de la balance et de l'airain : sa raison d'être ; son introduction dans les usages ; caractère symbolique de cette solennité. Applications diverses de l' <i>æs et libra</i> . — 2° Actes de juridiction gracieuse ; leur origine ; leurs applications.....	30-46
<i>Section III. — Le symbole.....</i>	46
Raison d'être et origine du symbole ; de l'importance des symboles dans la législation romaine, controversée ; objet des symboles, leur variété, motte de terre, tuile, chapeau, chevelure, anneau, rameau, couronne, sang ; principaux symboles : la tête, la main, la lance ; controverses auxquelles ils donnent lieu.	46-59
CHAPITRE II. — Application des diverses manifestations du formalisme aux principales institutions juridiques....	60
<i>Section I. — Le formalisme dans le droit des personnes..</i>	61
Mariage ; <i>manus</i> ; divorce ; entrée dans la famille ; adoption, adrogation ; affranchissement.....	61-75
<i>Section II. — Le formalisme dans le droit des biens.....</i>	
Transfert de la propriété ; donations ; constitution de dot ; testament au point de vue des formes du testament, de	

l'institution, de l'adition, des legs ; obligations ; le *nexum*, opinion de Savigny et d'Ortolan, sa réfutation ; la stipulation, contrat *litteris* ; contrat *re* ; extinction des obligations, acceptilation, novation..... 76-98

Section III. — Le formalisme dans le droit des actions... 99

Caractère mystérieux de la procédure primitive des actions de la loi. Exposé de la procédure *per sacramentum*. — La règle « *bis de eadem re ne sit actio* » est une conséquence du formalisme. — Concordance parfaite des solennités accomplies par les deux plaideurs. — *Judicis postulatio*. — *Condictio*. — La justice primitive était une justice sans procès mais avec des formes. — Inconvénients de la procédure des actions de la loi. — Le formalisme dans le système formulaire. — Les formules en usage étaient une reproduction de celles usitées dans les *legis actiones*. — Conséquences du formalisme dans la procédure formulaire..... 99-110

APPENDICE. — Des actes non formels. — Date de leur introduction dans les usages. — Ses causes. — Principaux actes non formels. — Les principes qui les régissaient n'ont été que plus tard transformés en règles de droit. — Causes de cette transformation..... 111-113

CHAPITRE III. — Evolution du formalisme dans les périodes successives du droit romain. — Ses causes. — Résultat de cette évolution dans le droit de Justinien..... 114

Le formalisme romain n'a pas mis d'entraves au développement du droit. — Causes qui ont retardé sa disparition : attachement des Romains pour leurs vieilles coutumes ; difficultés relatives à la confection et à la réforme des lois ; œuvre des prêtres et du préteur, égoïsme des patriciens. Causes qui, dans la suite, ont amené la disparition du formalisme : spiritualisation du droit ; le symbole cesse d'être compris ; divulgation des archives pontificales ; avènement du régime impérial ; extension des rapports commerciaux et influence du droit international, rôle du préteur..... 114-126

Décadence des solennités : mariage, affranchissement, adoption, émancipation, adrogation ; mancipation,

	Pages
in jure cessio, donations, successions, obligations.	
Disparition des formules : stipulation ; novation et acceptation ; procédure extraordinaire ; testament ; sénatus consulte Néronien, Constitution de 339 ap. J. C., Constitution de 342.....	126-141
Le formalisme dans le droit de Justinien.....	141-142

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION.....	1
Aperçu général sur le développement du droit international dans les temps modernes. — Rôle des sociétés commerciales dans ce mouvement. — Intérêt des questions qui s'y rattachent.....	1-5
<i>De la nationalité des sociétés.</i> — Le législateur n'a pas tranché la question. — Le projet de 1883 la laisse aussi de côté. — Diverses opinions sur le critérium à adopter : nationalité des associés ; siège social ; principal établissement. Législations étrangères : Belgique, Italie, Portugal.....	5-14

PREMIÈRE PARTIE

De la compétence judiciaire.

<i>Question préliminaire</i> : Doit-on reconnaître aux sociétés étrangères une existence légale en dehors des limites de leur pays ? Systèmes proposés. — Controverses.....	15-20
Plan de la première partie.....	20
CHAPITRE I. — Règles générales de la compétence des Tribunaux français à l'égard des sociétés commerciales étrangères, qui n'ont été l'objet ni d'une loi, ni d'un décret, ni d'un traité.....	22
Distinctions entre les diverses espèces de sociétés commerciales : sociétés de personnes, sociétés de	

capitaux. — Règles de compétence applicables : 1° aux sociétés étrangères en nom collectif et en commandite simple ; 2° aux sociétés étrangères en commandite par actions et aux sociétés anonymes : avant la loi de 1857 ; système de la jurisprudence, système de l'administration, appréciation de ces deux systèmes ; depuis la loi de 1857, doctrine et jurisprudence. Nature de l'incompétence des Tribunaux français.....	22-32
Règles de compétence applicables aux sociétés étrangères défenderesses ; divers systèmes en présence. — Portée de l'article 14. Sa disposition est-elle d'ordre public ?.....	32-36
Détermination du Tribunal français compétent.....	36-38
<i>Droit comparé.</i> — Premier groupe de législations : Brésil, Grèce, Luxembourg, Russie, Suisse. — Deuxième groupe : Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Hollande, Hongrie, Italie, principauté de Monaco.....	38-44
Critique de notre législation. — Le projet de loi de 1883, article 90 ; contre-projet de M. Brice ; institut de droit ; international (session de Hambourg).....	44-48
CHAPITRE II. — Lois et décrets qui sont venus modifier le droit commun. Loi du 30 mai 1857. — Préliminaires de cette loi. — Loi belge du 14 mars 1855.....	
Disposition de la loi du 30 mai 1857. — Décrets rendus en exécution de cette loi.....	52-54
Conditions d'application de la loi du 30 mai 1857 : 1° nécessité pour toute société étrangère par actions qui veut ester en justice d'avoir été autorisée dans son pays. — Controverse relativement aux sociétés anonymes. — Controverse relativement aux sociétés par actions qui se constituent librement dans leur pays : trois opinions. — 2° Nécessité d'obtenir un décret général du gouvernement français.....	54-64
Difficultés soulevées par la promulgation de la loi du 24 juillet 1867. La loi de 1867 a-t-elle abrogé celle de 1857 ? Controverse : deux opinions. La loi de 1857 est-elle encore applicable aux sociétés des divers pays qui ont substitué le système de la réglementation légale à celui de l'autorisation préalable ? — Inconvénients	

	Pages
inhérents au système de l'autorisation. — Mouvement général en faveur de la liberté de l'anonymat. Angleterre, France, Espagne, Allemagne, Belgique, Hongrie, Suisse, Italie, Portugal. — Solution de la question. — Controverses qu'elle soulève : deux opinions. — Jurisprudence française et étrangère.....	64-77
CHAPITRE III. — Traités qui ont dérogé aux règles générales de compétence en cette matière. Utilité des traités en cette matière malgré la loi de 1857.....	
Traité du 30 avril 1862 avec l'Angleterre. — Son intérêt. — Sa légalité. — Sa portée.....	78-79
Traité franco-badois du 16 avril 1846. — Interprétation.	87-89
Traité de Francfort du 10 mai 1871. — Article 11 de ce traité. — Sa portée. Controverse. Historique de la question : Deux opinions.....	89-97
De la compétence des Tribunaux français à l'égard des sociétés étrangères d'assurances sur la vie. Les sociétés d'assurances sur la vie étrangères sont-elles capables d'ester en justice en France ? Controverse. — Distinction. — Critique de notre législation. — Système du projet de loi de 1883.....	97-106

DEUXIÈME PARTIE

De la compétence législative.

<i>Principe.</i> — La loi applicable est la loi nationale de chaque société. Applications du principe : personnalité des sociétés, constitution et fonctionnement. — De l'interprétation des mots : « en se conformant aux lois de l'Empire ».	107-119
Restrictions apportées au principe. — Lois d'ordre public. — Distinction entre les lois d'ordre public absolu et lois d'ordre public relatif. — Trafic d'esclaves, maison de jeu, obligations à lots, taux de l'intérêt, article 15 de la loi du 24 juillet 1867 ; lois de procédure, clause compromissoire.....	119-129

Prescriptions du législateur en vue de protéger les intérêts des capitalistes français ; caution <i>judicatum solvi</i> , publicité des statuts ; lois d'impôts, dispositions nou- velles insérées dans la loi de finances de 1896 ; émis- sion et négociation en France des valeurs étrangères, loi du 29 juin 1872, décrets du 6 décembre 1872, du 7 février 1880 et du 1 ^{er} décembre 1893, critique de la loi, proposition de MM. Méline et Graux, projet de loi de 1883, critique de ses dispositions.....	129-143
Positions.....	144-147
Table des matières.....	148-154

Imprimerie des Ecoles, H. JOUVE, 15, rue Racine, Paris.
